

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2017-00535-01.

Demandante: ISABELLA ZAPATA DELGADO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Siete (7) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **ISABELLA ZAPATA DELGADO, PORVENIR SA** y **COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de mayo de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta la primera contra las demás recurrentes.

II. AUTO

Obra a folio PDF07 del cuaderno digital de segunda instancia, desistimiento del recurso de apelación solicitado por la apoderada de la parte actora. Como quiera que la apoderada se encuentra facultada para desistir de dicho recurso, la Sala lo acepta, y procederá solo a estudiar el recurso de apelación de PORVENIR SA, COLPENSIONES y el grado jurisdiccional del consulta-

Asimismo, la Sala reconoce personería para actuar al abogado Henry Darío Machado, identificado con la cédula de ciudadanía No. 77.091.125 de Valledupar y T.P. No. 248.528 del C.S de la J, como apoderado de Colpensiones, de acuerdo con el poder aportado en archivo segunda instancia *05podercolpensiones*.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A. traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración, y que a su vez, COLPENSIONES admita su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, reconozca su derecho al régimen de transición y pague la pensión de vejez por actividades de alto riesgo de acuerdo con lo previsto en el Decreto 2090 de 2003, desde el 1° de diciembre de 2003, junto con los intereses moratorios, las costas y agencias el derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó en síntesis, que nació el 10 de septiembre de 1959, cotizó al RPM desde el 8 de enero de 1985, el 31 de octubre de 1996 se trasladó al RAIS y tenía cotizadas 426 semanas, durante su vida laboral en la Clínica el Country como médica se ha expuesto a rayos X, por lo que tuvo que realizar cotizaciones por alto riesgo, que existió falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar el traslado y que el 12 de mayo solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado y la pensión de vejez por alto riesgo. (fl. 9 a 29 *archivo01expediente*).

3.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES** (fls. 114 a 135 *archivo01expediente*) y **PORVENIR S.A.**, esta última representada por curador *ad litem* (fls. 161 a 169 *archivo01expediente*), se opusieron a las pretensiones de la demanda, señalaron al unísono que la demandante no puede trasladarse por expresa prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993 y que no existió ningún tipo de vicio al consentimiento por cuanto el traslado de la demandante se hizo libre y voluntariamente. Porvenir SA no propuso excepciones, mientras que Colpensiones planteó las excepciones de prescripción, inexistencia de vicios

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2017-00535-01.

Demandante: ISABELLA ZAPATA DELGADO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

al consentimiento, inexistencia de la obligación, imposibilidad de cumplir la obligación, la innominada o genérica.

3.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y con esto a la afiliación realizada el 1 DE OCTUBRE DE 1996 a ISABELLA ZAPATA DELGADO identificada con la C.C. No. 41.788.122 de Bogotá.

SEGUNDO: DECLARAR que ISABELLA ZAPATA DELGADO actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ISABELLA ZAPATA DELGADO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como REACTIVAR la afiliación al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral de ISABELLA ZAPATA DELGADO.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- al reconocimiento de la Pensión de vejez consagrada en el Art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, a favor de ISABELLA ZAPATA DELGADO a partir del 12 de mayo de 2017, por 13 mesadas al año, teniendo como primera mesada pensional para el año 2017 la suma de \$5'491.823.

SEXTO: DETERMINAR como retroactivo pensional cuantificado del 12 de mayo de 2017 al 31 mayo de 2022, la suma de \$391'718.620.

SÉPTIMO: DETERMINAR como mesada pensional para el año 2022 la suma de \$6'570.540.

OCTAVO: CONDENAR a COLPENSIONES a INDEXAR las sumas objeto de condena desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo su pago.

NOVENO: ABSOLVER a COLPENSIONES a respecto de la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez por alto riesgo (Decreto 2090 de 2003) e intereses moratorios, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción e inexistencia del derecho respecto de la pretensión de ineficacia del traslado y de reconocimiento pensional, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a realizar el traslado de los conceptos recibidos por cuotas de administración. Para tal efecto se CONMINA a COLPENSIONES a realizar las gestiones pertinentes para obtener el pago de tales conceptos.

DÉCIMO SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la Suma de CINCO (5) S.M.L.M.V.

DÉCIMO TERCERO: Si esta providencia no es apelada por parte de COLPENSIONES, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior.

Para llegar a esta conclusión, adujo que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1492-2019), es indispensable que al momento del traslado se le diera información completa a la demandante, lo cual no se evidencia en el proceso, por lo que es procedente ordenar la ineficacia del traslado.

Respecto del reconocimiento pensional, adujo que la actora cumplió la edad el 10 de diciembre de 2014 y para esa fecha tenía 1.350 semanas de cotización, de las cuales todas ellas corresponden a cotizaciones hechas como médica radióloga, pero sólo presentó solicitud a Colpensiones el 12 de mayo 2017 y su última cotización fue del mes de febrero de 2017, por lo que para esa fecha ya tenía 57 años, en ese sentido, se reconocería la pensión de vejez no por alto riesgo, sino por riesgo común.

Con relación al monto de la mesada, acudió a la Ley 797 de 2003, realizó el promedio con los diez últimos años de cotización y de toda la vida laboral, siendo más favorable el primero y le aplicó una tasa de reemplazo de 64,2%, arrojando su primera mesada pensional. Con base en ello, calculó el retroactivo pensional desde esa fecha. Respecto de la prescripción señaló que no opera para los casos de ineficacia, ni tampoco por mesada pensional, pues entre la solicitud de pensión y la presentación de la demanda no transcurrió más de tres años. Por último, frente a los intereses moratorios, consideró que no son procedentes, ya que en casos de ineficacia de traslado no operan, pero ordenó la indexación de las sumas adeudadas.

3.4. Argumentos de las Recurrentes.

La demandante argumentó que se debe reconocer la pensión de alto riesgo a su favor bajo el régimen de transición, esto es, bajo el Decreto 758 de 1990 y una tasa de reemplazo del 90%, pues al mes de julio de 2005 tenía más de 750 semanas de cotización.

Por su parte PORVENIR SA, señaló que la afiliación de la demandante al RAIS se hizo libre y voluntariamente, pues para ese año no existía una

norma que le exigiera que una asesoría específica al traslado, por lo que se debe revocar la sentencia, además el reconocimiento pensional a favor de la actora no sería procedente, pues para el año de 2017 se encontraba a menos de 10 años para el reconocimiento pensional y no era procedente el traslado y, por último, adujo que es procedente la devolución de gastos de administración porque hacen parte del manejo de los recursos propios de la actora.

A su turno COLPENSIONES, alegó que no es procedente el traslado de régimen por expresa prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993, que el formulario de afiliación es el mecanismo más idóneo para demostrar que la afiliación se hizo en debida forma, voluntariamente, por lo por no quedó demostrado el engaño.

3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de julio de 2022, se admitió los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, mediante auto de 10 de octubre de 2022 se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por las recurrentes para reafirmar su postura respecto de su recurso de apelación. Asimismo, se aceptó el desistimiento del recurso de apelación presentado por la parte actora tal como se señaló al inicio de esta providencia.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso presentado por PORVENIR SA y COLPENSIONES, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de esta última.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante PORVENIR S.A., así como el reconocimiento pensional a cargo de Colpensiones??

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

4.1 De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 1 de febrero de 1985 presenta aportes en tal régimen, según la documental visible en el archivo *01expediente* obrante a folio 37; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. el 1 de octubre de 1996 (fl. 101 el archivo *01expediente*).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

4.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 101 del archivo *01expediente*, se avizora el formulario de afiliación que el

demandante suscribió el 1° de octubre de 1996 con el Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que Isabella Zapata se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (1° de octubre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que los asesores del Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR le indicaron que podría obtener el reconocimiento de la pensión de vejez de forma anticipada y cuando el afiliado lo determinara, que los montos de la pensión en ambos regímenes pensionales eran asimilables, y que el fondo privado generaba mayores rendimientos; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la

CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y valores pagados por seguros previsionales, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR**

SA deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

4.3. Del reconocimiento pensional

Con el fin de abordar este punto, es importante señalar que no fue materia de discusión que: i) la actora nació el 10 de septiembre de 1959 (*fl. 2 archivo01expediente*), ii) cotizó al Régimen de Prima Media 428 semanas y para el Régimen de Ahorro Individual 1.044 semanas, para un total de 1.472 (*fl. 43 archivo01expediente*), iii) su última cotización fue del mes de febrero de 2017 y iv) presentó reclamación administrativa solicitando el derecho pensional el 12 de mayo de 2017 (*fl. 77 archivo01expediente*).

Así, respecto del reconocimiento pensional, la Sala no entrará a determinar si la pensión otorgada a la demandante se hizo bajo el régimen de transición y con lo previsto en el Decreto 2090 de 2003, como lo solicitó en la demanda, pues como se dijo en auto anterior, si la actora desistió de su recurso de apelación es porque de alguna manera se encuentra conforme con las condenas impuestas, y si se adentrarse en su estudio bajo normas jurídicas que son más beneficiosas que la Ley 797 de 2003 implicaría inexorablemente que empeore o desmejore la condición de la entidad

favorecida con la consulta, esto es, Colpensiones, lo cual se haya prohibido legal y jurisprudencialmente (CSJ SL518-2022).

Por ello, bajo el mencionado grado jurisdiccional, solo se examinará la fecha de concesión del derecho es la acertada, así como la liquidación de los montos pensionales, el retroactivo y la indexación se encuentran ajustados a derecho y a la historia laboral aportada por la demandante (*Archivo 12expedienteadministrativo y 13historialaboral*).

Frente al primer aspecto, se debe indicar que el juzgado de primera instancia acertó al reconocer la pensión de vejez por riesgo común a favor de la actora, bajo la aludida Ley 797 de 2003, en la medida en que, si bien solicitó la pensión de vejez por alto riesgo, lo que permitía que se anticipara la edad para disfrutar su derecho, lo cierto es que siguió cotizando hasta el mes de febrero de 2017, por lo que no existiría duda de que esa sería la norma aplicable a su caso en particular.

Ahora respecto de la fecha de causación del derecho pensional, considera la Sala que si bien debió otorgarse desde el día siguiente de la fecha de la última cotización, esto es, desde el 1° de marzo de 2017, y no desde la señalada por el *a quo* en su sentencia (12 de mayo de 2017), por cuanto es desde ahí donde la actora expresa la voluntad de retiro del sistema y, por ende, su deseo querer pensionarse (CSJ SL966 -2019), lo cierto es que hacer una modificación en la misma haría más gravosa la situación de favorecida con la Consulta, por tal razón se confirmará este punto.

Respecto del monto de la mesada pensional se debe dejar en claro que, para el mes de febrero de 2017, fecha de su última cotización, la actora tenía 58 años de edad y 1.472 semanas de cotización por lo que las liquidaciones efectuadas por el grupo liquidador con que cuenta esta instancia, los resultados serían los siguientes:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2017-00535-01.

Demandante: ISABELLA ZAPATA DELGADO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1985	181	1.950	93.11	47.749	\$ 13,558.00	\$ 647,377.12	\$ 3,905,841.94
1989	318	4.580	93.11	20.330	\$ 63,046.23	\$ 1,281,710.51	\$ 13,586,131.42
1990	365	5.780	93.11	16.109	\$ 96,429.78	\$ 1,553,387.01	\$ 18,899,541.90
1991	365	7.650	93.11	12.171	\$ 133,176.41	\$ 1,620,922.30	\$ 19,721,221.36
1992	366	9.700	93.11	9.599	\$ 210,543.77	\$ 2,021,003.14	\$ 24,656,238.32
1993	365	12.140	93.11	7.670	\$ 717,380.05	\$ 5,502,080.47	\$ 66,941,979.05
1994	365	14.890	93.11	6.253	\$ 1,510,255.45	\$ 9,443,914.38	\$ 114,900,958.31
1995	360	18.250	93.11	5.102	\$ 1,388,508.33	\$ 7,084,055.39	\$ 85,008,664.71
1996	360	21.800	93.11	4.271	\$ 1,540,000.00	\$ 6,577,495.41	\$ 78,929,944.95
1997	360	26.520	93.11	3.511	\$ 1,848,000.00	\$ 6,488,208.14	\$ 77,858,497.74
1998	360	31.210	93.11	2.983	\$ 2,180,640.00	\$ 6,505,587.64	\$ 78,067,051.74
1999	360	36.420	93.11	2.557	\$ 2,213,000.00	\$ 5,657,672.43	\$ 67,892,069.19
2000	360	39.790	93.11	2.340	\$ 2,399,000.00	\$ 5,613,744.41	\$ 67,364,932.90
2001	360	43.270	93.11	2.152	\$ 2,877,166.67	\$ 6,191,194.55	\$ 74,294,334.64
2002	360	46.580	93.11	1.999	\$ 3,100,000.00	\$ 6,196,672.39	\$ 74,360,068.70
2003	360	49.830	93.11	1.869	\$ 3,345,000.00	\$ 6,250,310.05	\$ 75,003,720.65
2004	360	53.070	93.11	1.754	\$ 3,952,048.33	\$ 6,933,770.87	\$ 83,205,250.50
2005	360	55.990	93.11	1.663	\$ 4,194,233.33	\$ 6,974,907.41	\$ 83,698,888.87
2006	360	58.700	93.11	1.586	\$ 3,947,000.00	\$ 6,260,735.43	\$ 75,128,825.21
2007	360	61.330	93.11	1.518	\$ 4,064,583.33	\$ 6,170,770.49	\$ 74,049,245.88
2008	360	64.820	93.11	1.436	\$ 5,570,083.33	\$ 8,001,087.00	\$ 96,013,043.97
2009	360	69.800	93.11	1.334	\$ 6,254,250.00	\$ 8,342,882.77	\$ 100,114,593.27
2010	360	71.200	93.11	1.308	\$ 6,856,000.00	\$ 8,965,760.67	\$ 107,589,128.09
2011	360	73.450	93.11	1.268	\$ 7,064,166.67	\$ 8,954,997.39	\$ 107,459,968.69
2012	360	76.190	93.11	1.222	\$ 7,485,833.33	\$ 9,148,260.16	\$ 109,779,121.93
2013	360	78.050	93.11	1.193	\$ 7,575,083.33	\$ 9,036,720.17	\$ 108,440,642.02
2014	360	79.560	93.11	1.170	\$ 7,689,000.00	\$ 8,998,526.77	\$ 107,982,321.27
2015	360	82.470	93.11	1.129	\$ 7,982,000.00	\$ 9,011,810.60	\$ 108,141,727.17
2016	360	88.050	93.11	1.057	\$ 8,397,416.67	\$ 8,879,993.93	\$ 106,559,927.20
2017	60	93.110	93.11	1.000	\$ 7,231,500.00	\$ 7,231,500.00	\$ 14,463,000.00
Total días	10305	Total devengado actualizado a:				2017	\$ 2,224,016,882
Total semanas	1472.14	Ingreso Base Liquidación					\$ 6,474,576.07
Total Años	27.37	Porcentaje aplicado					65.61%
		Primera mesada					\$ 4,248,082.54
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2017	\$ 737,717.00

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2007	300	61.330	93.11	1.518	\$ 4,088,100.00	\$ 6,206,473.03	\$ 62,064,730.31
2008	360	64.820	93.11	1.436	\$ 5,570,083.33	\$ 8,001,087.00	\$ 96,013,043.97
2009	360	69.800	93.11	1.334	\$ 6,254,250.00	\$ 8,342,882.77	\$ 100,114,593.27
2010	360	71.200	93.11	1.308	\$ 6,856,000.00	\$ 8,965,760.67	\$ 107,589,128.09
2011	360	73.450	93.11	1.268	\$ 7,064,166.67	\$ 8,954,997.39	\$ 107,459,968.69
2012	360	76.190	93.11	1.222	\$ 7,485,833.33	\$ 9,148,260.16	\$ 109,779,121.93
2013	360	78.050	93.11	1.193	\$ 7,575,083.33	\$ 9,036,720.17	\$ 108,440,642.02
2014	360	79.560	93.11	1.170	\$ 7,689,000.00	\$ 8,998,526.77	\$ 107,982,321.27
2015	360	82.470	93.11	1.129	\$ 7,982,000.00	\$ 9,011,810.60	\$ 108,141,727.17
2016	360	88.050	93.11	1.057	\$ 8,397,416.67	\$ 8,879,993.93	\$ 106,559,927.20
2017	60	93.110	93.11	1.000	\$ 7,231,500.00	\$ 7,231,500.00	\$ 14,463,000.00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2017	\$ 1,028,608,204
Total semanas	514.29	Ingreso Base Liquidación					\$ 8,571,735.03
Total Años	10.00	Porcentaje aplicado					64.20%
		Primera mesada					\$ 5,503,053.89
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2017	\$ 737,717.00

De lo anterior, se evidencia que resulta más favorable para la demandante el promedio de las cotizaciones por los diez últimos años y no el de toda su vida laboral, como en efecto acertó el *a quo*, cuya mesada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2017-00535-01.
Demandante: ISABELLA ZAPATA DELGADO.
Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

pensional resulta prácticamente idéntica (\$5.503.053,89) a la calculada en primera instancia (\$5.491.823,00), por tal razón se confirmará en este apartado la sentencia.

Con relación al retroactivo, se calculará con la mesada mencionada anteriormente desde el 12 de mayo de 2017 a la fecha de expedición de esta sentencia, cuyos cálculos serán los siguientes:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
12/05/17	31/12/17	5.75%	\$ 5,491,823.00	8.63	\$ 47,412,738.6
01/01/18	31/12/18	4.09%	\$ 5,716,439.00	13.00	\$ 74,313,707.0
01/01/19	31/12/19	3.18%	\$ 5,898,222.00	13.00	\$ 76,676,886.0
01/01/20	31/12/20	3.80%	\$ 6,122,354.00	13.00	\$ 79,590,602.0
01/01/21	31/12/21	1.61%	\$ 6,220,924.00	13.00	\$ 80,872,012.0
01/01/22	31/12/22	5.62%	\$ 6,570,540.00	13.00	\$ 85,417,020.0
01/01/23	31/05/23	13.12%	\$ 7,432,595.00	5.00	\$ 37,162,975.0
Total retroactivo				\$ 481,445,940.57	

Respecto de la prescripción es dable concluir que las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por este fenómeno, por cuanto el derecho se reconoció desde el 1° de marzo de 2017, la reclamación administrativa del derecho ante Colpensiones se agotó el 12 de mayo de 2017 y la demanda se presentó ante la oficina judicial de reparto el 24 de agosto de 2017 (fl. 85 archivo01expediente).

Frente a la condena por indexación de las sumas adeudadas por Colpensiones, y la negativa de acceder a los intereses moratorios se conformarán, por cuanto el reconocimiento de la pensión que hoy nos ocupa es fruto de un cambio jurisprudencial que impide el reconocimiento de dichos intereses CSJ SL3156-2022.

Por último, la Sala verifica que el *a quo* omitió autorizar descontar del retroactivo los aportes al sistema de seguridad social en salud, por lo que en esta sentencia se autorizarán a la luz del inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, y la sentencia CSJ SL4537-2021.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia, en primera instancia se mantendrán como las fijó el *a quo*.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y valores pagados por seguros previsionales, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR** el numeral SEXTO para determinar el retroactivo pensional a favor de la demandante se cuantifica desde el 12 de mayo de 2017 a 31 de mayo de 2023 por un valor de \$481.445.940,00, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad.

TERCERO: - **ADICIONAR** la sentencia, en sentido de autorizar a COLPENSIONES a descontar del valor del retroactivo, los aportes al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2017-00535-01.

Demandante: ISABELLA ZAPATA DELGADO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

sistema de seguridad social en salud, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: -CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

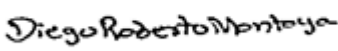
QUINTO. – Sin costas en esta instancia.

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

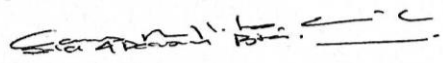
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-00489 -01.

Demandante: **FÉLIX ANTONIO MENDIETA Y OTROS.**

Demandado: **FEILO SYLVANIA COLOMBIA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

Se resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **FEYLO SYLVANIA COLOMBIA S.A.** contra la providencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **FELIX ANTONIO MENDIETA, BLANCA ROCÍO RODRÍGUEZ ORJUELA, HAROLD JUSEP MENDIETA RODRÍGUEZ, y AGRIPINA MENDIETA VALERO** adelantan contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, **FELIX ANTONIO MENDIETA** pretende se declare un contrato de trabajo con la demandada desde el 09 de diciembre de 1991 hasta el 28 de febrero de 2018; que el señor Mendieta fue diagnosticado con “intoxicación por inhalación de vapores de mercurio origen laboral y eretismo mercurial”, lo que le generó trastornos de adaptación, trastorno cognoscitivo leve, trastorno del sueño no especificado, cefalea, hipertensión esencial, temblor esencial, disfunción sexual, gastritis crónica, cervicalgia, neuropatía de hombro doloroso, y tensión alta; que las anteriores patologías tienen su origen en su labor; que

la demandada incurrió en incumplimiento de las normas de seguridad, higiene industrial y salud ocupacional; y que las patologías son culpa de su patrón. Como consecuencia de lo anterior, solicita que la demandada es responsable de la reparación plena de los perjuicios ocasionados al señor Mendieta, por lo que, debe responder por lucro cesante consolidado y futuro, daño moral, y daño a la vida en relación; perjuicios morales causados a BLANCA ROCÍO RODRÍGUEZ ORJUELA, HAROLD JUSEP MENDIENTE RODRÍGUEZ, y AGRIPINA MENDIETA VALERO; e intereses corrientes.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Félix Mendieta nació el 13 de mayo de 1966; **2)** El señor Mendieta vive en unión libre con BLANCA ROCÍO RODRÍGUEZ ORJUELA desde mayo de 1990; producto de dicha relación nació HAROLD JUSEP MENDIENTE RODRÍGUEZ el 09 de marzo de 2002; **3)** El señor Mendieta suscribió un contrato de trabajo con la demandada el 09 de diciembre de 1991; relación que finalizaría el 28 de febrero de 2018 al serle reconocida pensión de invalidez; **4)** El señor Mendieta desempeñaba el cargo de Mecánico de Producción- Operador de Máquina, devengando \$1'297.803; **5)** El señor Mendieta prestó los siguientes servicios: 09 de diciembre de 1991, en la planta de vidrio como Ayudante de Pesaje y Casco Dosificador y Oficios Varios; el 23 de marzo de 1993, en la planta de vidrio como Auxiliar de Control de Calidad en la Inspección de Bombillas Incandescentes y lo relacionado con su proceso de fabricación; el 01 de diciembre de 1994, como Operario de Máquina BL y Máquina SM con funciones de ensamble de bombillas incandescentes; el 15 de mayo de 2007, en la planta de fluorescentes como Operario de Máquina de Pintura Badalex; en sección de empaque; el 02 de marzo de 2009, en la planta de incandescentes como Operador de Máquina SM; y el 09 de noviembre de 2009, en la planta de fluorescentes como Operario de Máquina de Pintura Badalex; **6)** Como consecuencia de su traslado a dicha planta, el señor Mendieta estuvo expuesto 100% al manejo integral del mercurio líquido en la máquina badalex a una temperatura en horno de 450°, sin contarse con personal y herramientas idóneas para el desempeño de su labor, por demás que los fines de semana y festivos en la noche debía realizar el aseo de dicha planta, debía sacar el mercurio sin ningún tipo de protección ni capacitación, tenía que recuperar el mercurio para utilizarlo nuevamente en el proceso de

ensamble de lámparas fluorescentes, y era obligado a manejar el mercurio líquido y dosificarlo en las máquinas badalex sin la correspondiente protección; **7)** En el 2013, el señor Mendieta fue trasladado a la planta de incandescentes como Operador de Máquina SM en el proceso de terminación y ensamble de bombillas incandescentes; **8)** Como consecuencia de sus labores le fue diagnosticado “Intoxicación por Mercurio Crónica”; exposición que sólo cesantías hasta 2016; **9)** El señor Mendieta se encuentra en proceso de rehabilitación con controles con toxicología, neurología, psiquiatría, psicología, odontología, urología, gastroenterología, ortopedia, y medicina laboral; **10)** Al señor Mendieta le han sido diagnosticadas patologías tales como, trastornos de adaptación, trastorno cognoscitivo leve, trastorno del sueño no especificado, cefalea, hipertensión esencial, temblor esencial, disfunción sexual, gastritis crónica, cervicalgia, neuropatía de hombro doloroso, y tensión alta; **11)** Adicional a lo anterior, el señor Mendieta presentó accidente de trabajo que generó rotura del manguito rotador que le ha generado túnel del carpo y bursitis; **12)** A.R.L. Liberty Seguros S.A. el 18 de septiembre de 2017 emitió dictamen por las patologías que padece el señor Mendieta, determinando como fecha de estructuración de estas el 18 de septiembre de 2017; **13)** El 18 de octubre de 2017, la A.R.L. notificó el reconocimiento de una pensión de invalidez al señor Mendieta como resultado de un P.C.L. equivalente al 53,14%; **14)** La empresa no puso en conocimiento del señor Mendieta ni de la A.R.L. los riesgos ocupacionales a los que se encontraba expuesto, efectos, y medidas preventivas, así como tampoco tenía manuales, métodos o procedimientos, un médico en salud ocupacional que liderara procesos en este tema, e identificación de tales peligros en el panorama de riesgos ocupacionales, por demás que las máquinas que se usaban le generaban una mayor exposición; **15)** El Ministerio de Trabajo inició investigación contra la empresa, siendo condenada a pagar una multa de \$235'800.000; **16)** La empresa realizaba exámenes cada seis meses a sus trabajadores donde detectaba los niveles de mercurio, y aun así guardaba silencio, por lo que estos sólo empezaron a experimentar las consecuencias de esto, cuando empezaron a presentar una sintomatología grave; **17)** Las consecuencias de sus enfermedades le han generado al señor Mendieta, ansiedad, estrés, cambios en el estado de ánimo, pérdidas de memoria; y **18)** El núcleo familiar del señor Mendieta se

ha visto afectada por su situación de salud, especialmente, en su compañera permanente, hijo, y madre.

2. Respuesta a la Demanda.

FEILO SYLVANIA COLOMBIA S.A. (fls. 541 a 599 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó los hechos referentes a la existencia de un contrato de trabajo y los extremos temporales.

Adujo que impartió la correspondiente capacitación e inducción para el cargo asignado, efectuándose el acompañamiento y evaluación de rigor, entre ellas, lo relacionado con el manejo del mercurio; que hizo entrega de las respectivas herramientas de seguridad; que en todo momento fue diligente en el cumplimiento de las normas del sistema de riesgos laborales y protección de los trabajadores a través de la implementación cabal y oportuna de los programas de salud y seguridad en el trabajo que protegieron a la totalidad de trabajadores y particularmente al actor; que se le exige a los trabajadores cambio de ropa de trabajo, baño diario, y el uso de sus elementos labor; que realizaba constantemente exámenes médicos; que la empresa tiene identificado el riesgo del mercurio, para lo cual se elaboró un plan de manejo integral de tal sustancia, en donde se determina un protocolo para su almacenamiento, y los elementos necesarios para la operación; que creó y ejecutó un programa de vigilancia epidemiológica para el manejo del mercurio, lo que fue seguido de cerca por el COPASO; que está imposibilitada para conocer la historia clínica del actor; que las razones que tuvo el Ministerio de Trabajo para sancionarlos no fue enteramente técnicas; y que subrogó el riesgo prestacional en el sistema de riesgos laborales.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que la demandada fue la directa empleadora del actor a partir del 9 de diciembre de 1991 y hasta el 28 de febrero de 2018.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-00489 -01.

Demandante: **FÉLIX ANTONIO MENDIETA Y OTROS.**

Demandado: **FEILO SYLVANIA COLOMBIA S.A.**

SEGUNDO: DECLARAR que las patologías adquiridas por el actor obedecen por culpa comprobada de la demandada.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar al actor:

- Lucro cesante consolidado: la suma de \$ 71.866.095,60
- Lucro cesante futuro: la suma de \$159.780.157,74
- Daño moral: la suma de 100 SMLMV
- Daño a la vida en relación: la suma de 100 SMLMV.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a los señores:

- AGRIPINA MENDIETA VALERO en calidad de madre, con concepto de daño moral la suma de 50 SMLMV
- BLANCA ROCIO RODRIGUEZ ORGUELA en calidad de compañera permanente, con concepto de daño moral la suma de 50 SMLMV
- HAROLD JUSEP MENDIETA RODRIGUEZ en calidad de hijo, con concepto de daño moral la suma de 50 SMLMV.

QUINTO: CONDENAR a la demandada al pago de intereses corrientes de las condenas impuestas, suma que deberá pagar a la tasa señalada por la Superintendencia Financiera.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

Para arribar a la anterior decisión, señaló luego de hacer alusión a cada uno de los medios probatorios obrantes en el plenario que, no se encuentra que los testigos de la parte actora fueran parciales, pues estos fueron coincidentes y ostentaban la calidad de compañeros de trabajo del actor, por lo que les constaban las circunstancias fácticas en que se prestó su servicio; que está acreditado que las enfermedades del demandante son de origen profesional, lo que fue consecuencia de su exposición a altos niveles de mercurio; que del análisis integral del dictamen emitido por A.R.L. Liberty Seguros S.A. con la prueba testimonial es dable colegir que la demandada no cumplió de forma fehaciente las normas de seguridad al no prever que sus trabajadores podían tener contacto con el mercurio al encontrarse en el ambiente debido a su evaporización, por demás que el demandante manipuló dicha sustancia; que con lo anterior, es dable establecer la negligencia, diligencia y falta de diligencia de la empresa; que aunado a lo anterior, si hubo una concurrencia de culpas, esta situación no exime al empleador de su responsabilidad; que por lo anterior, hay lugar a lucro cesante, daño moral y daño en la vida relación, así como daños morales a favor del núcleo familiar del demandante; y que se deben pagar los intereses corrientes sobre las condenas de conformidad con las tasas que dispone la Superintendencia Financiera.

4. Argumentos de la Recurrente.

FEILO SYLVANIA COLOMBIA S.A. manifestó que en ningún momento ha discutido la enfermedad que padece el demandante y que su origen es laboral, pero en lo que tiene que ver con la culpa patronal no es dable imputar responsabilidad por la simple existencia de dicha patología, debiéndose efectuar un análisis mucho más riguroso del acervo probatorio; que está demostrado que el actor desempeñó diversos cargos en el transcurso de la relación laboral desde el 09 de diciembre de 1998 hasta el 28 de febrero de 2018, así como que durante 01 de julio de 2012 y el 07 de octubre de 2013 ejerció el cargo de Operador de Manejo Integral de Mercurio, no obstante, dicha función se ejecutó sin ninguna protección o sin el debido cuidado y vigilancia, pues contrario a ello, le fueron suministrados todos los elementos de protección, por demás que la planta gozaba con ventilación y control de temperatura; que el demandante en interrogatorio manifestó que sí tenía conocimiento del manual del manejo del mercurio, que se le impartieron capacitaciones e inducciones, y que tenía elementos de protección personal; que no se entiende como se le dio plena validez al Wilson Torres pese a las contradicciones en que incurrió, ya que, afirmó que no tenía conocimiento de cuando estuvo el actor en planta de fluorescentes y luego afirma que estuvo en dicha planta por orden de sus superiores teniendo en cuenta su conocimiento y experiencia, por demás que dijo que no tenía claras las funciones del actor; que en todo caso, los testigos de la actora señalaron que sí se entregaron elementos de protección personal, por demás que no se entiende como se dio plena validez al testigo Cesar Augusto Fajardo cuando dijo que no supo hasta cuando estuvo el demandante; que está acreditada la debida diligencia, pues se capacitó, se gozaban de todos los elementos para manipular el testigo, y las reglas para su manejo – dosificación y mantenimiento-; que se pasó por alto el manual de salud ocupacional, el manual de manejo integral del mercurio, fichas de seguridad, panorama de riesgos e identificación de peligros, antecedentes de capacitación de riesgo químico, entre otros; que tenía un programa para la prevención de los efectos epidemiológicos del mercurio y exposición a los vapores de mercurio, lo que se hizo con el COPASO; que se desplegaron medidas de medicina preventiva, actividades a desarrollar de manera continua la infraestructura de planta, se realizó un sistema de conversión

del mercurio líquido al sistema de dosificación en amalgama sólida, se realizaban exámenes médicos y existían normas disciplinarias de estricto rigor que implicaba el baño diario, el cambio de ropa, la imposibilidad de ingerir alimentos; que lo que parece es que únicamente se quiere imponer una culpa objetiva, pese a que la empresa demostró ser diligente, tiene una planta de 400 personas y sólo un 5% se enfermó; y que debe estar demostrada la gravísima negligencias por acción u omisión.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable deprecar que las patologías que adquirió el trabajador en el desempeño de su labor a favor de la demandada fueron con ocasión o por culpa del empleador?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Culpa patronal.

La culpa patronal se encuentra consagrada en el artículo 216 del C.S.T., norma que señala que cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios.

Ahora bien, la sola ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional no configura la culpa patronal, puesto que se requiere del elemento subjetivo de la culpabilidad, lo que se desprende de la propia consagración de la norma aludida, así como del artículo 1604 del C.C.; éste último dispone que de los contratos en los que existe un beneficio recíproco para los contratantes —como en efecto ocurre con el contrato de trabajo- cada uno de los contratantes responderá por la culpa leve, definida a su vez por el artículo 63 *ejusdem* como “*la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”, criterio frente al que CSJ Rad. 16782, señaló que el fallador a la hora de apreciar la culpa debe revisar qué habría hecho cualquier otro empleador.

En ese escenario, el tipo de culpa que debe acreditarse para determinar que el empleador tuvo incidencia en el siniestro, es la culpa leve, que es la que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear “*diligencia o cuidado ordinario o mediano*” en la administración de sus negocios (CSJ SL3942-2020).

Se entiende entonces que la indemnización plena de perjuicios se genera cuando quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella, es decir, que se debe verificar el incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador - lo que se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral - ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019).

En cuanto a la carga de la prueba, CSJ SL13653-2015, CSJ SL2168-2019, y CSJ SL5154-2020 ha establecido que por regla general la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta; no obstante, dicha corporación ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a la parte actora le basta con enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del C.C.; en tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores.

De esta manera, es carga del empleador acreditar que no incurrió en las omisiones que se le endilgan, recuérdese que la diligencia y cuidado en cabeza de la empresa, según la doctrina de la CSJ SL5154-2020, recae en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes; ello por cuanto nuestro ordenamiento jurídico ha sentado las bases del deber de prevención y cuidado del empleador en torno a la definición del concepto de salud ocupacional, cuyo estudio se centra en la definición de la potencialidad de los riesgos laborales frente a la salud o la seguridad de los trabajadores conforme a la actividad económica, los sitios de trabajo, la magnitud, severidad de los mismos y el número de trabajadores expuestos por parte del empleador, según está regulado en la Resolución 1016 de 1989 (estas obligaciones están previstas actualmente en los artículos 2.º numerales 18, 34 y 35, 4.º, 7.º, 8.º, 12 y 15 del Decreto 1443 de 2014).

Así mismo, habrá de recordarse que los actos inseguros o imprudentes que pudo cometer el trabajador no eximen al empleador de su culpa ni tampoco conducen a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios, si aparece demostrado que éste faltó a sus deberes o controles,

en aras de evitar o prevenir accidentes o enfermedades laborales (CSJ SL4277-2020 y CSJ SL2335-2020).

Sentados lo anteriores presupuestos, sea lo primero aclarar que la indemnización que surge del artículo 216 del C.S.T. es independiente de las prestaciones asistenciales y económicas que asume la A.R.L. como consecuencia de un accidente de trabajo, pues en el primer caso, como quedo visto en precedencia, lo que se estudia es la responsabilidad subjetiva del empleador, y por ende, debe analizarse y estudiarse el comportamiento de este en la ocurrencia del siniestro; mientras que en el segundo caso, la responsabilidad es de naturaleza objetiva, de manera que se cubre por el mero acaecimiento del riesgo que se pretendía asegurar.

Aclarado lo anterior y, descendiendo al caso, encuentra la Sala que la demanda se funda en la presunta falta de capacitación del demandante en la labor que estaba manipulando mercurio, en la falta de medidas de seguridad que debió atender el empleador; omisiones que entonces generan la inversión de la carga de la prueba, y por ende, le corresponde al empleador acreditar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia en el *in suceso* del actor.

Descendiendo al caso, se evidencia que no existió controversia en cuanto a la existencia de una relación laboral entre el señor Félix Antonio Mendieta y la demandada desde el 09 de diciembre de 1991 hasta el 28 de febrero de 2018; y que dicho trabajador, verificada la prueba documental, adquirió la calidad de pensiones por invalidez por parte de la A.R.L. Liberty Seguros por presentar un P.C.L. del 53,14% por las siguientes patologías de origen laboral: efecto tóxico de metales mercurio y sus compuestos, trastornos de adaptación, trastorno cognoscitivo leve, trastorno del sueño no especificado, cefalea, hipertensión esencial, temblor esencial y disfunción sexual (fls. 503 a 510 del archivo 01).

Ahora, y en lo atiente a la determinación de tales patologías por parte de la A.R.L., esta señaló que el demandante presentaba una intoxicación con mercurio crónica; que este se encontraba en controles con toxicología, neurología, psiquiatría, psicología, odontología y medicina laboral; y que el

pronóstico funcional y ocupacional era reservado; análisis que es consecuente con la historia clínica del señor Mendieta visible a folios 213 a 502 del archivo 01.

De esta manera, es claro el nexo de causalidad de las enfermedades y la actividad laboral que desarrollaba el actor, pues era precisamente por los cargos que ejecutó que precisamente se le calificó su enfermedad de origen laboral, y que luego, daría origen a su pensión de invalidez; por lo que se procede a verificar la existencia de culpa en la causación de tales patologías por parte del empleador.

Al respecto, observa la Sala que al plenario se allegó un informe técnico realizado por la Universidad Central del 19 de octubre de 2015 para determinar la existencia de mercurio en el ambiente de la demandada; estudio en el que se advirtió, luego de una campaña de monitoreo y muestreo de la zona que se evidenciaba presencia de mercurio en el suelo, alcanzando concreciones que superaban los límites permisibles, de igual manera, se detectaron partículas de mercurio en el aire, así como la existencia de un riesgo ambiental y ocupacional en las líneas de producción Vertical y Badalex, y plomo en el aire superando los límites permisibles (fls. 133 a 176 del archivo 01).

Asimismo, por las irregularidades en el manejo ambiental, químico, y ocupacional, el Ministerio de Trabajo mediante Auto 004433 del 29 de septiembre de 2015 dispuso formular cargos contra la demandada, lo que finalizaría con una sanción por valor de \$253'8000.000 según Resolución 000827 del 13 de abril de 2016 (fls. 177 a 212 del archivo 01).

Ahora bien, en el último acto administrativo en mención se hizo alusión a que el Manual de Inducción de la empresa tiene como última revisión octubre de 2008; que no se demostró capacitación de los trabajadores al momento de su vinculación; que no se realizaba capacitaciones de manera continua sobre el manejo de mercurio líquido; que si bien se realizaron exámenes médico-ocupacionales al grupo de trabajadores, también lo es que se no encuentra demostrado que se hubiera hecho un seguimiento médico ocupacional a estos casos sospechosos que

fueron identificados por los biomarcadores o por ausentismo laboral bajo la dirección u orientación de un médico especialista en salud ocupacional, lo que hubiera permitido detectar precozmente alteraciones de salud de los trabajadores asintomáticos para establecer el seguimiento ocupacional; que no se tomaron las medidas preventivas para controlar en la fuente, en el medio y en el trabajador el factor de riesgo químico presente en el proceso de fabricación de lámparas fluorescentes durante los años de uso del mercurio líquido; que la empresa conocía de los resultados de control biológico en orina de 24 horas practicado a sus trabajadores y no tomó acciones preventivas para reducir o eliminar la exposición al riesgo; que no se realizó un seguimiento y control de las mediciones ambientales, pues se debían tomar medidas para mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores; y que no se llevó un programa en seguridad química y de residuos peligrosos.

Al punto, la demandada manifiesta que tal decisión se tomó con base en razones infundadas, allegando para el efecto, diversos documentos para demostrar que desplegó diversas actividades de control ambiental, seguridad y salud en trabajo, para lo cual arrió el Programa de Salud Ocupacional, Sistema de Gestión Ambiental, Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, y Cronograma de Actividades (archivo 02).

Frente al Programa de Salud Ocupacional se verifica que data de mayo de 2012 sin evidenciarse actualizaciones, pese a que se determina que su seguimiento y control se efectuaba anualmente; que la empresa tenía identificados los correspondientes riesgos físicos, químicos, biológicos, mecánicos, ergonómicos, psicosociales, locativos, eléctricos, naturales, tránsito, y otros; y que la empresa cuenta con subprogramas en medicina preventiva y del trabajo, medicina del trabajo, medicina preventiva, higiene industrial y de seguridad industrial, mencionándose en el último que dentro de la empresa se realizaban mediciones de mercurio.

En igual sentido, el Programa del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo data del 28 de junio de 2013, hace alusión a la posibilidad de adoptar medidas que procuren y mantengan la salud en los lugares de trabajo; en la matriz de riesgos se hace una identificación plena

del peligro que podría representar el mercurio, no sólo en lo que atañe a su manipulación directa, sino también en los efectos que podría generar en el ambiente ante su exposición a altas temperaturas, lo que debía encontrarse para la totalidad de trabajadores y cargos que estuvieran dentro de la planta de la empresa, estableciéndose lineamientos más específicos sobre el tema con el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo de 2016 al incluir un programa de manejo integral de mercurio.

Así mismo, la empresa desde 2009 elaboró un Manual Integral de Mercurio, en donde se hace alusión a que dicha sustancia química se evapora a temperatura ambiente, siendo susceptibles de ser absorbidos por inhalación, ingestión y a través de la piel, por lo que sólo estableció protección personal en lugares de concentración de mercurio, debiéndose utilizar elementos de protección tales como, guantes de caucho o nitrilo, gafas de seguridad, traje tyvek y botas de caucho, así como dio pauta para la manipulación, almacenamiento, transporte, primeros auxilios, y unas pautas para su manejo seguro.

Igualmente, del cronograma de actividades es dable colegir que a partir de 2014 se efectuó un plan de manejo integral del mercurio y que se fue implementando en los años subsiguientes, de lo que se logra evidenciar que se comenzaron a desarrollar programas para el manejo de materiales, mano de obra, mantenimiento de máquinas, medio ambiente y seguridad, y medición, para lo que se empezó a mejorar las condiciones de sistemas de aseguramiento, revisar el consumo de la amalgama de mercurio, efectuar capacitaciones, realizar exámenes de control biológico, mejorar sistema de ventilación, llevar a cabo limpiezas, inspecciones y mediciones, así como se empezó a realizar exámenes médicos y paramédicos periódicos.

En dicho sentido, también la empresa tenía un Manual de Residuos Peligrosos, donde se establecen diversos procedimientos para efectuar: limpiezas de bombas generadoras de vacío de tubos fluorescentes, mangueras contaminadas, tanques recolectores de tubito, trampas de vacío, lodos contaminados, trapos contaminados, y dosificadores de mercurio; para almacenar y manejar mercurio líquido; y para el manejo de elementos de protección personal. Dicho manual se actualizó en septiembre de 2013

en donde se incluyeron temas referentes al manejo de la amalgama de mercurio, así como de su medición y monitoreo.

Así mismo, la empresa contaba con normas SICA (Seguridad Industrial y Control Ambiental) e impartió diversas capacitaciones sobre el tópico de las que se tiene constancia desde noviembre de 1998. En 2013 se elaboró un profesigramas en donde se establecen las funciones de cada cargo y los riesgos a los que está expuesto, se allegan las correspondientes revisiones médicas ocupacionales de sus trabajadores desde octubre de 2004, las medidas de vigilancia epidemiológica para la prevención de exposición al mercurio, informes de control biológico del mercurio, estudio de la exposición a mercurio 2012-2014, informes de los controles biológicos periódicos de mercurio, estudios realizados en control ambiental, e inspecciones de seguridad química y ambiente en la planta de marzo de 2014.

En cuanto al estudio de exposición a mercurio 2012-2014, en este se hace alusión a que se hace vigilancia del personal expuesto a mercurio de la Planta de Fluorescentes mediante la realización de exámenes médicos de orina con frecuencia semestral, se les suministra elementos de protección personal para evitar cualquier tipo de patología, se realizaba reubicación de trabajadores, y en caso de que algún trabajador presente una enfermedad, se coordina y se hace seguimiento de procesos de atención médica y de calificación a través de entidades de seguridad social, se efectúan monitoreos biológicos de mercurio, se efectúa seguimiento de las recomendaciones médicas emitidas en cada caso, se hacen mesas de seguimiento con las aludidas entidades, se realizan cambios de funciones y de áreas, hay flexibilidad en la asignación de turnos y otorgamiento de permisos, y se brindan apoyos adicionales.

En dicho estudio la empresa además advierte que mediante la implementación del programa de vigilancia epidemiológica de químicos se ha podido efectuar un seguimiento a la exposición de mercurio, identificando los trabajadores expuestos, y tomando las medidas con relación a los casos identificados; que cambiar la materia prima de mercurio líquido a amalgama de mercurio ayuda a minimizar la exposición a vapores

de mercurio; y que mientras se siga manipulando el metal siempre existe el riesgo de intoxicación, por lo que se debe mantener el monitoreo ambiental y biológico

Del mismo modo, en el plenario obran los informes de los controles biológicos de mercurio realizados a la empresa los que datan de 2001 y 2015 (archivo 05), en los que se señaló que no existía un sobrepaso del límite de mercurio en la normatividad vigente; y en el último se adujo que, se presentaron seis lecturas atípicas durante los 18 días de monitoreo, sin embargo, se encuentran por debajo de la norma; y que las lecturas atípicas se encontraron en la estación de tanques, la que por su ubicación capta las corrientes de aire antes de entrar en contacto con posibles emisiones de la empresa.

Así mismo, se arrimó un informe de evaluación de contaminantes emitidos al aire del 30 de junio de 2016, informe diagnóstico de exposición a químicos de octubre de 2016 y junio de 2017, evaluación de la exposición ocupacional a contaminantes químicos en ambientes de trabajo: mercurio de 2018, y evaluación de contaminantes químicos de noviembre de 2014.

Conforme a dicho acervo documental, considera la Sala que el empleador si bien tenía una amplia gama de manuales y protocolos con los que buscaba proteger a trabajadores expuestos a mercurio, no se logra evidenciar que estos hubiesen tenido vigencia durante todo el tiempo que el demandante laboró al servicio de la empresa demandada-que como quedó sentando en precedencia data del 09 de diciembre de 1991-, o por lo menos desde la iniciación de la Planta de Fluorescentes que data de 1997-1998, según testimonio de Carlos Martín Galvis Jiménez.

En efecto, nótese como a partir de 2009 la empresa elaboró un Manual Integral de Mercurio, por lo que, fue desde tal momento que se empezaron a realizar acciones destinadas a mitigar el riesgo que producía tal químico, por lo que, durante aproximadamente 17 años, no existe prueba de que la empresa contaba con mecanismos efectivos que permitieran aminorar las consecuencias que producía dicha sustancia en los trabajadores.

Ciertamente, no debe olvidarse que el mercurio es una sustancia química que según explica la Organización Mundial de la Salud- O.M.S. es tóxico para el sistema nervioso central y el periférico; la inhalación de vapor de mercurio puede ser perjudicial para los sistemas nervioso e inmunitario, el aparato digestivo y los pulmones y riñones, con consecuencias a veces fatales; las sales de mercurio inorgánicas son corrosivas para piel, ojos y tracto intestinal y, al ser ingeridas, pueden resultar tóxicas para los riñones; que tras la inhalación o ingestión de distintos compuestos de mercurio o tras la exposición cutánea a ellos se pueden observar trastornos neurológicos y del comportamiento, con síntomas como temblores, insomnio, pérdida de memoria, efectos neuromusculares, cefalea o disfunciones cognitivas y motoras; y que en trabajadores expuestos durante varios años a niveles atmosféricos de al menos 20 µg/m³ de mercurio elemental se pueden observar signos subclínicos leves de toxicidad para el sistema nervioso central.¹

En ese orden de ideas, el panorama ocupacional que debía desarrollar la empresa para proteger a sus trabajadores debía cimentarse especialmente en estrategias diseñadas especialmente para el manejo y manipulación de tal elemento químico, de tal manera que no generara una afectación en la salud de estos, para lo cual no bastaba informar a los trabajadores a través de capacitaciones del riesgo- como las que se denotan datan desde 1998- o con las constancias de visita de la A.R.L. quien en estas se centraba especialmente en las condiciones ergonómicas de los trabajadores, sino que era necesario implementar y materializar medidas encaminadas a paliar los efectos propios del manejo del mercurio, las que se iteran sólo se acreditó comenzaron a desarrollarse en 2009.

Lo dicho cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta que desde el estudio de control biológico de 2001 se había advertido irregularidades que se presentaban en el manejo del mercurio, tales como que, el mesón no era fácilmente lavable, no se disponía de canaletas para recoger posibles derrames de mercurio, y que no se tenía un lavamanos.

¹ <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mercury-and-health>

Aunado a ello, los testigos Wilson Hernán Torres, Cesar Augusto Fajardo Camacho, Giovanny Currea Castillo, y Néstor Oswaldo Mora López manifestaron que el demandante cuando estuvo en la planta de fluorescentes tuvo un contacto directo al 100% con el mercurio; que en muchas ocasiones el actor tuvo que hacer funciones de cambio de dosificador, y relleno de mercurio en dosificadores; que sólo cuando el actor tuvo manejo integral de mercurio le brindaron elementos de protección; que en la empresa se avizoran “regueros de mercurio”, especialmente consecuencia de la ruptura de los tubos de máquinas de vacío; que la exposición al mercurio era latente en toda la empresa, no sólo en la planta de fluorescentes, especialmente por los vapores que se producían en su manipulación; que los cambios de elementos de protección no se hacían de forma adecuada, pues señalan que sus máscaras tenían un filtro que cuando cambiaba de color a negro debía ser cambiado, y no era proporcionado uno nuevo bajo el argumento de que no habían en stock; que 18 trabajadores enfermaron por mercurio, de los cuales seis se encuentran pensionados; y que el demandante empezó a mostrar síntomas de sus problemas de salud en 2010-2011.

Dichos testigos fueron analizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento y las reglas de la sana crítica, y se consideran que resultan fidedignos, pues no se observa contradicción de ningún tipo, y por el contrario fueron claros en sus correspondientes declaraciones.

Por su parte, los testigos Carlos Martin Galvis Jiménez, Gilberto González Cuervo, y Wilson Contreras Pedraza no son los suficientemente certeros para que sea dable determinar que la empresa desplegó actuaciones encaminadas a proteger a sus trabajadores desde la vinculación del accionante, puesto que fundamentan sus declaraciones especialmente en entrenamientos y capacitaciones informando la existencia del riesgo, lo que como se adujo preliminarmente no es suficiente para considerar que el empleador ejecutó de manera diligente su deber de cuidado; el primer testigo hace alusión a la entrega de elementos de protección, no obstante, tal circunstancia le consta por su condición de Jefe de Planta de Fluorescentes, cargo que tuvo en 2012; de igual manera, manifestaron que

el proceso podía presentar alteraciones y, en el caso del mercurio sí se podían presentar regueros, aunque había una aspiradora especialmente diseñada para poderlo recoger.

Así mismo, considera la Sala que pese al esfuerzo de los testigos de la demandada en tratar de esclarecer que la empresa contaba con procedimientos y manuales para el manejo del mercurio, y que el actor no estuvo expuesto en labores ajenas a las de la planta de fluorescentes, lo cierto es que, según el mismo Manual Integral de Mercurio, dicha sustancia se evapora a temperatura ambiente, pudiendo ser absorbido por inhalación, ingestión y a través de la piel, por lo que, no bastaba con desplegar medidas de protección en lugares de concentración de mercurio sino que también era esencial verificar constantemente el grado de exposición en otras áreas de la empresa, como en las que laboró el demandante previo a su ingreso a la Planta de Fluorescentes; además el trabajador si bien desempeñó el cargo de Operario de Manejo Integral de Mercurio, esta no fue la única función que desplegó en dicha planta, pues también fue Operador de Pintura, Operario de Cementadora, y Operario de Empaque, cargos en los que también se encontraba expuesto al mercurio por ser de manejo directo en la Planta de Fluorescentes, por lo que las medidas en dicho sector incluso debían ser muy rigurosas.

No obstante y contrario a ello, no se avizora un control y supervisión adecuado en las funciones que desplegó el trabajador mientras estuvo en la Planta de Fluorescentes, pues tal y como la misma empresa advierte en el estudio de exposición a mercurio 2012-2014 mientras se siguiera manipulando mercurio siempre existiría el riesgo de intoxicación, debiéndose efectuar un constante monitoreo ambiental y biológico, por lo que, la simple exposición del demandante a “regueros” de tal sustancia química implicaba un riesgo de suma gravedad para su salud, pues si bien se hace alusión a una aspiradora especialmente para recoger tales residuos, el riesgo de su inhalación estaba latente, para lo cual se necesitaban máscaras con filtros adecuados y en perfectas condiciones, lo que según los testigos Carlos Martin Galvis Jiménez, Gilberto González Cuervo, y Wilson Contreras Pedraza la empresa en muchas ocasiones omitió suministrar ante la falta de *stock*, lo que era mucho más grave cuando el trabajador efectuaba

directamente funciones de cambio de dosificador, y relleno de mercurio en dosificadores.

En conclusión, no encuentra la Sala elementos suficientes de prueba que permitan establecer que el empleador actuó con la prudencia y diligencia propia de un buen padre de familia para considerar que se encuentra exento de la responsabilidad que se le atribuye, pues al estarse frente a la manipulación y manejo de una sustancia química que según la O.M.S *“es uno de los diez productos o grupos de productos químicos que plantean especiales problemas de salud pública”*, su supervisión y control debía ser mucho más estricto y riguroso, por lo que, desde el mismo instante que la empresa empezó a hacer uso de tal material, se debió proteger a su vez a los trabajadores para evitar la aparición de cualquier tipo de enfermedad, como en efecto acaeció con el actor.

Ciertamente, cualquier empleador en tales condiciones no sólo hubiera brindado al trabajador inducciones o capacitaciones sobre el manejo y los riesgos del mercurio, sino que también hubiera ejecutado todo un plan de acción para mitigar tales riesgos desde el inicio de su operación, pues una exposición aunque fuera mínima ya generaba un riesgo para la salud de sus trabajadores, de modo que también resultaba oportuno un debido acompañamiento de estos, lo que implicaba que en cabeza del empleador estaba la obligación de controlar y supervisar las condiciones en que el trabajador estaba ejecutando su función, medir constantemente los niveles de mercurio en el ambiente de toda la empresa, hacer un seguimiento permanente de las condiciones de salud de los trabajadores y no solamente efectuar su reubicación, poner en conocimiento de los trabajadores su condición de salud, y impedir la existencia de cualquier tipo de “reguero” para evitar una eventual inhalación, ingestión o contacto cutáneo.

Corolario de lo anterior, se considera que existió culpa del empleador en la configuración de las enfermedades que padece el trabajador, y por ende, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-00489 -01.

Demandante: **FÉLIX ANTONIO MENDIETA Y OTROS.**

Demandado: **FEILO SYLVANIA COLOMBIA S.A.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022 por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

Los Magistrados,



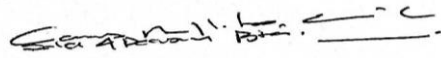
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-00489 -01.

Demandante: **FÉLIX ANTONIO MENDIETA Y OTROS.**

Demandado: **FEILO SYLVANIA COLOMBIA S.A.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$1'500.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-01364 -01.

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que las **partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 27 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **SERGIO CHALELA CHAHIN** adelanta contra **AVIANCA S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declaren nulos los procedimientos disciplinarios que se adelantaron en su contra el 02 de marzo y 10 de abril de 2018; que el Ministerio de Trabajo omitió el deber legal de vigilar, intervenir, y garantizar sus derechos fundamentales; que la decisión tomada el 26 de junio de 2018 fue con base en la del 22 de mayo de 2018; que dichas decisiones son ineficaces; y que la terminación de su contrato de trabajo no tuvo como fundamento el reglamento de trabajo ni la convención colectiva de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, solicita salarios dejados de percibir producto de la sanción disciplinaria; reintegro junto con el pago de salarios cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios legales y convencionales,

viáticos, y vacaciones; y se ordene realizar un nuevo proceso disciplinario con las garantías legales en presencia del Ministerio del Trabajo.

Subsidiariamente, solicita indemnización por despido sin justa causa, y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Ingresó a laborar a AVIANCA S.A. como Aviador Civil, siendo el último cargo que desempeñó el de Copiloto de Aeronave; **2)** El 23 de diciembre de 2016 se afilió a la organización sindical ACDAC; **3)** Cumplía órdenes así como acataba el reglamento interno de la empresa; **4)** El 08 de agosto de 2017, ACDAC presentó pliego de peticiones; **5)** Producto de la fallida negociación colectiva, ACDAC adelantó una huelga, la que tuvo ocurrencia del 20 de septiembre al 12 de noviembre de 2017; **6)** El Ministerio de Trabajo ordenó unilateralmente la conformación de un Tribunal de Arbitramento, el que determinó el 19 de enero de 2018 que AVIANCA S.A. se comprometía a no tomar ningún tipo de represaría frente a los trabajadores frente a trabajadores de ACDAC, por lo que, no habría despidos ni suspensiones; **7)** El cese de actividades se había levantado el 09 de noviembre de 2017 a las 23:55 horas; **8)** Una vez retornó a su labor comenzaron actos de persecución sindical, adelantándose varios procesos disciplinarios por faltar a laborar; **9)** El 16 de febrero de 2018 le fue enviada comunicación de apertura del proceso disciplinario por el cese ilegal de actividades, sin exponerse las razones de este ni el fundamento legal de tal determinación; **10)** El 02 de marzo de 2018 se llevó a cabo audiencia disciplinaria, presentó escrito de descargos; ello, sin la presencia del Ministerio de Trabajo; **11)** En todo momento manifestó que había retornado a su trabajo antes de que fuera decretado ilegal el cese de actividades; **12)** Solicitó la nulidad del proceso disciplinario, y su apelación; no obstante, en segunda instancia no se tuvo en cuenta tal circunstancia, siendo suspendido con ocho días de labor; **13)** El 02 de mayo de 2018 se inició un nuevo proceso disciplinario en su contra, siendo realizado el 22 del mismo mes y año la correspondiente diligencia disciplinaria, lo que tuvo como consecuencia la terminación de su contrato de trabajo en consideración a los antecedentes que presentaba; **14)** Interpuso recurso de apelación, pero la decisión inicial se confirmó, realizándose nueva audiencia el 26 de junio de 2018, a la que no asistió al

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

observar la persecución sindical de la que era objeto; y **15)** La demandada se encuentra en investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación por interceptación de comunicaciones de aviadores durante el cese de actividades; asimismo desplegó actos de retención de cuotas sindicales.

2. Respuesta a la Demanda.

AVIANCA S.A. (fls. 557 a 596 del archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la existencia de una relación laboral con el demandante; la presentación de un pliego de peticiones por parte de ACDAC el 08 de agosto de 2017, así como la conformación de un Tribunal de Arbitramento por mandato del Ministerio de Trabajo; la solicitud de nulidad del primero proceso disciplinario que se adelantó contra el actor; y la celebración de una segunda audiencia disciplinaria al demandante el 22 de mayo de 2018, y la interposición del recurso de apelación contra la decisión tomada en esta.

Adujo que el proceso disciplinario cumplió con la totalidad de los presupuestos establecidos en su trámite, informando las razones de la citación, su fundamentación legal y la posibilidad de que pudiera solicitar pruebas, y notificando a ACDAC de la situación del actor y que este podía estar acompañado por dos miembros de la **organización** sindical; que el actor tuvo la posibilidad de impugnar la decisión y de un trámite de segunda instancia; que de lo anterior, es posible considerar la posibilidad que tuvo el actor de ejercer su derecho de defensa y de contradicción; que el laudo arbitral del Tribunal de Arbitramento se encontraba en trámite de anulación; que el demandante fue despedido por desconocer las obligaciones y deberes a su cargo, pues no legalizó ningún tipo de incapacidad en los términos dispuestos por la empresa, por demás que su conducta insubordinada era reiterativa; que no existe documento alguno que acredite que el actor estuvo incapacitado el domingo 04 de marzo de 2018; que el cese de actividades siempre fue ilegal; y que no se avizora que el actor gozara de algún fuero especial para que sea dable su reintegro.

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual tuvo fecha de iniciación el 22 de septiembre de 2014, y terminación el 26 de julio de 2018, con un último salario básico de \$7.331.633 mensuales.

SEGUNDO: CONDENAR a AVIANCA S.A. al pago por concepto de la indemnización por despido injusto tasada en \$20.827.352 indexada al momento de hacerse el respectivo pago.

TERCERO: Se declaran no probadas las excepciones propuestas por AVIANCA S.A.

CUARTO: CONDENAR en costas a cargo de la demandada.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la convención colectiva de trabajo no desarrolla ni otorga reintegro, por lo que, al no ostentar el demandante algún tipo de fuero especial no es dable su reintegro; que si bien está acreditado que el demandante participó en el cese de actividades de septiembre a noviembre de 2017, lo cierto es que el despido se justificó en la inasistencia a laborar del trabajador el 04 de marzo de 2018, lo que no tiene el alcance para constituir justa causa, puesto que la terminación del contrato de trabajo no se encuentra enmarcada como justa causa en el reglamento interno de trabajo; que aunado a ello, no obra ningún tipo de prueba que dé cuenta del perjuicio que se causó con la inasistencia del actor, y este se encontraba en reserva, esto es, como reemplazo en caso de ausencia de otro piloto; y que no hay lugar a sanción moratoria, pues no se impone condena por concepto de salarios ni prestaciones sociales.

4. Argumentos de las Recurrentes.

AVIANCA S.A. explicó que conforme a los reglamentos de la empresa, la incapacidad del 04 de marzo de 2018 debió surtirse mediante un trámite interno, incluso para lograr su transcripción; que del acervo probatorio es dable establecer que la consecuencia del anterior incumplimiento es la terminación del contrato de trabajo, puesto que se encontraba calificado como grave en el aludido contrato (cláusulas 7° y 8°) y en el reglamento de trabajo (numeral 7° del artículo 93); que si está demostrado que para la asignación del 04 de marzo de 2018 el actor no se presentó, y que no hizo uso de las formas para explicar su inexistencia, es factible predicar el

incumplimiento grave en las obligaciones por parte del demandante; que el procedimiento disciplinario estuvo enmarcado en las diferentes garantías que tenía el actor; y que el sustento expuesto, sin perjuicio de la reinstalación que se hizo a favor del accionante a partir del 01 de julio (sic).

Por su parte, **la parte actora** señaló que no se argumentó por qué no son nulos o ineficaces los procesos disciplinarios adelantados contra el actor, si se cumplieron los procedimientos y si este pudo ejercer su derecho de contradicción y de defensa; que teniendo en cuenta ello, se debió tomar el tema del reintegro; que no se tuvo en consideración los trámites del proceso convencional, de lo dispuesto en el laudo arbitral, y de derechos constitucionales e internacionales que le asistían al actor como la presunción de inocencia; que el demandante es despedido con ocasión al cese de actividades, por demás que en el acuerdo del 25 de noviembre de 2021 se establece la no solución de continuidad teniendo en consideración que la génesis del asunto fue el aludido cese de actividades; y que ni siquiera se valoró la posibilidad de que se adelantara nuevamente los procesos disciplinarios al demandante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable considerar que el acuerdo del 25 de noviembre de 2021 zanjó la discusión relativa al reintegro del trabajador?, y ¿es factible el reconocimiento y pago de las acreencias laborales dejadas de pagar como consecuencia del aludido reintegro, y a cuánto equivalen?

Tesis

Modificar y revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Acuerdo Celebrado entre AVIANCA S.A. y ACDAC.

En el plenario está suficientemente acreditado con el Acta de Acuerdo Reintegros Acdac Avianca.pdf obrante en la carpeta 013 que, entre AVIANCA S.A. y ACDAC se celebró un acuerdo el 25 de noviembre de 2021, en donde quedó plasmado en el *“Acta Principal de Acuerdo entre Avianca S.A. y ACDAC Frente a la Situación de los Pilotos Despedidos en Razón de la Huelga Llevada a cabo Entre el 20 de Septiembre y 12 de Noviembre de 2017*, lo siguiente:

*“(...) AVIANCA S.A. y la organización sindical han llegado a un acuerdo para **reintegrar o restituir sin solución de continuidad** a los aviadores que fueron despedidos por su participación en la huelga, a quienes renunciaron de manera motivada debido a la huelga, así como al grupo de los 8 pilotos a quienes se les ejerció la justa causa por pensión estando en desarrollo la huelga.*

*3. El reintegro o restitución **será efectivo a partir del primero (1) de julio de dos mil veintiuno (2021) para efectos de la incorporación a la nómina**, salvo aquellos que por motivos personales o por el cumplimiento de compromisos requieran un plazo adicional o aquellos que manifiesten su negativa al reintegro. Las condiciones de entrenamiento se definirán en un documento anexo a la presente acta, que hace parte integral de la misma. Para aquellos aviadores que manifiesten su intención de reincorporarse por fuera de los plazos establecidos, no se les asegurará el cupo en el escalafón y serán incorporados a necesidad operacional de la compañía.*

*(...) 6. El reintegro y/o restitución de los para los aviadores relacionados en la lista adjunta se hace sin solución de continuidad de su contrato de trabajo, garantizando el reentrenamiento y recalificación para un adecuado inicio de la prestación del servicio de AVIANCA. **No obstante lo anterior, en lo relacionado con las acreencias laborales que se hubieren podido causar durante el periodo en que los pilotos reintegrados estuvieron cesantes, se acuerda entre las partes regirse por lo establecido en el numeral 11 y 12 del presente acuerdo.***

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

7. Una vez se produzca el reintegro de los aviadores, AVIANCA S.A. **pagará a las entidades de seguridad social el valor correspondiente a las cotizaciones por salud y pensión, causadas durante el tiempo que estuvo cesante el Aviador**, es decir, desde la fecha de desvinculación hasta el reintegro.

8. AVIANCA S.A. reintegrará a quienes se encuentre incluidos en la lista de pilotos adjunta y/o que fueron despedidos por razón de la huelga antes mencionada, y/o renunciaron de manera motivada debido a la problemática de huelga durante los años 2017 y 2018, así como el grupo de 8 pilotos a quienes se les ejerció la justa causa por pensión estando en desarrollo la huelga, **si fuera voluntad de éstos y así lo expresen dentro de los plazos establecidos**, que serán definidos por las partes en documento denominado “Acuerdo de las condiciones de entrenamiento de los pilotos reintegrados” anexo a la presente acta, que hace parte integral de la misma.

(...) 11. Frente a lo relacionado con las **acreencias laborales causadas durante el tiempo que han estado cesante los aviadores beneficiarios** de la presente acta, las partes acuerdan establecer una **mesa de diálogo social** para definir el valor a pagar por parte de AVIANCA S.A.

12. El reintegro o restitución aquí acordado **implica la no solución de continuidad de los pilotos relacionados en la lista adjunta**, en los términos del numeral 13 del presente documento. No obstante, como quiera que este acuerdo surge de la voluntad de las partes, dejamos expresamente pactado que para resolver lo relacionado con el pago de las eventuales acreencias laborales a las que el piloto considere tener derecho, entre otras como salarios, primas legales y extralegales, y auxilios causados durante el tiempo transcurrido entre la fecha de la terminación de los contratos de trabajo de cada piloto y el 1° de julio de 2021, se establecerá una mesa de diálogo social con la ACDAC. **En caso de llegarse a un acuerdo entre AVIANCA S.A. y ACDAC sobre el tema económico del tiempo que estuvieron desvinculados, se firmará una conciliación con los requisitos legales, ante los Jueces Laborales del Bogotá o dentro de cada uno de los procesos judiciales que actualmente cursan en los distintos Juzgados Laborales del país**, con ocasión de los despidos por la huelga donde se dejará consignado el monto a pagar así como las condiciones que se acuerde entre AVIANCA S.A. y ACDAC y cada uno de los pilotos titulares del proceso judicial. Según el caso, estas conciliaciones se llevarán a cabo ante cada uno de los despachos judiciales que están conociendo de los procesos en mención. **De no llegar a un acuerdo entre AVIANCA S.A. y ACDAC, frente a las acreencias laborales o derechos económicos que el piloto considere se le daba reconocer por el tiempo causado desde la terminación de su contrato hasta el reintegro, y si fuere la voluntad del piloto y ACDAC seguir con las acciones que considere apropiadas para la obtención de este reconocimiento económico tendrá la posibilidad de hacerlo, sin que esto implique un cambio en la decisión del reintegro por parte de la empresa y sus derechos laborales legales y convencionales se vayan a ver afectados.** Sin embargo, únicamente cuando exista acuerdo entre ACDAC y AVIANCA S.A., o sean decididas las acciones para obtener el pago del restablecimiento económico y jurídico de quienes fueron despedidos o hayan renunciado motivadamente se entenderá que se ha resuelto de manera definitiva el conflicto entre ACDAC Y AVIANCA en cuanto a los hechos que motivaron el presente acuerdo.

13. Como consecuencia del reintegro o restitución y de los numerales precedentes del acuerdo, para su efectividad, **no se suscribirán nuevos contratos de trabajo por parte de los aviadores restituidos, y en todo caso se tiene como fecha de inicio de labores a la empresa la misma**

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

que aparece en el primer contrato de trabajo que el aviador suscribió con esta.

(...) 16. La lista de los pilotos restituidos o reintegrados es la siguiente:

*(...) **95. Sergio Chalela Chahin** C.C. 1020787524 sergio.chelela@hotmail.com".* (Negrillas por la Sala).

En síntesis, ACDAC y AVIANCA S.A. arribaron a los siguientes acuerdos: **i)** El reintegro se efectúa sin solución de continuidad desde el despido, de modo que se debe tener como fecha de inicio de labores la del primer contrato de trabajo; **ii)** El reintegro se materializa a partir del 01 de julio de 2021, y a partir de tal momento genera efectos en la nómina del trabajador; **iii)** Es menester la voluntad del trabajador frente al acuerdo referido; **iv)** Para el reconocimiento de las acreencias laborales adeudadas durante el tiempo que los trabajadores estuvieron cesantes, esto es, del despido al 30 de junio de 2021, entre el sindicato y la demandada pueden establecer una mesa de dialogo, empero si no se arriba a un acuerdo y si fuere la voluntad del piloto y ACDAC seguir con las acciones que considere apropiadas para la obtención de este reconocimiento económico tiene la posibilidad de hacerlo; **v)** Lo anterior, no puede implicar un cambio en la decisión del reintegro por parte de la empresa; y **vi)** El actor hace parte de la lista de aviadores que pueden ser parte de tal acuerdo.

Ahora bien, del interrogatorio de parte del demandante es dable extraer que AVIANCA S.A. le hizo el ofrecimiento para acogerse al acuerdo que celebró con ACDAC; y que lo reintegraron con salario de Copiloto 320; por lo que, es dable colegir que el accionante se acogió al acuerdo aludido, lo que además guarda asidero con la documental obrante en la carpeta 017 donde consta tal situación.

En ese orden de ideas, es claro que el accionante ya fue reintegrado, por lo que, en este punto el estudio de la nulidad de los procedimientos disciplinarios que se le realizaron al demandante el 02 de marzo y 10 de abril de 2018 resultan inocuos, así como la ineficacia de las decisiones del 22 de mayo y 26 de junio del mismo año, producto de tales trámites disciplinarios, pues por decisión de las mismas partes tales procedimientos disciplinarios y terminaciones se tornaron ineficaces; nótese como dentro de la demanda el reintegro se solicita como consecuencia de las ochos

pretensiones declarativas, y se hace alusión a que el despido es consecuencia de una reiteración de conductas y que, la primera se sustentó en la participación del actor en el cese de actividades del 20 de septiembre al 12 de noviembre de 2017, por lo que, a juicio del trabajador su despido era consecuencia de su intervención en el aludido cese de actividades, aspecto que como quedó visto quedó inmerso dentro del acuerdo celebrado entre ACDAC y AVIANCA S.A.

Así las cosas, la discusión se centra principalmente en el reconocimiento y pago de las acreencias laborales dejadas de percibir entre el despido y el reintegro del trabajador; lo que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que en ningún momento se pretendió el valor de las acreencias laborales dejadas de pagar como consecuencia de la primera sanción impuesta mediante procedimiento disciplinario adelantado al demandante-suspensión de su contrato-, y que dicho aspecto fue en el que precisamente se dejó en libertad al trabajador y al sindicato para continuar con las acciones correspondientes para lograr su reconocimiento.

Por tanto, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia a fin de establecer que la relación laboral entre las partes inició el 22 de septiembre de 2014 y que aún se encuentra vigente.

Acreencias Laborales Dejadas de Percibir Entre el Despido y el Reintegro del Trabajador.

Ciertamente en el acuerdo celebrado entre ACDAC y AVIANCA S.A. se determina que el trabajador y el sindicato podían seguir con las acciones que considerara apropiadas para lograr la obtención del reconocimiento económico de las acreencias laborales dejadas de percibir entre el despido y el reintegro.

Ahora bien, y sentado que en el caso en estudio ya se efectuó el reintegro, se hace menester acudir al libelo genitor, en donde se avizora que a la par de tal pretensión, se solicitó salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas legales y convencionales, promedio de viáticos, y vacaciones. Al punto, sea lo primero precisar que dichas acreencias

laborales no se encuentran afectadas por el fenómeno de la **prescripción**, como quiera que las acreencias laborales dejadas de pagar surgieron como consecuencia del finiquito contractual, el que acaeció finalizada la jornada del 27 de junio de 2018 (fls. 59 y 60 del archivo 15 obrante en la carpeta 03), y se interpuso la demanda 16 de diciembre de 2019 (fl.490 del archivo 01), por lo que, es claro que no se sobrepasó el término de tres años de que trata los artículos 487 y 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

De igual manera, y para dar respuesta a las pretensiones de la demanda, se hace necesario señalar que al plenario se arrimó convención colectiva de trabajo con depósito en el archivo 11 de la carpeta 03, en el que consta en los cláusulas 38, 88, 89, 95, 96, 97 y 136, las siguientes primas extralegales: prima de alimentación, prima de antigüedad, prima de comando, prima de navegación, prima de navidad, prima de vacaciones, y prima por traslado a Equipo Turbohélice, por lo que, se efectuará el estudio de las pretensiones teniendo en cuenta tal circunstancia.

Del mismo modo, en la liquidación definitiva de prestaciones sociales se tuvo que el último salario básico del demandante fue la suma de **\$7'331.663** (archivo 31 de la carpeta 03); mismo valor que fuere señalado por el A Quo en su sentencia sin que este hubiere sido objeto de recurso por alguno de los apoderados de las partes, de modo que teniendo en cuenta tal asignación se procederá a efectuar la liquidación máxime si se tiene en cuenta que no se pretendió la inclusión de ningún valor adicional al básico como salario, así como tampoco nivelación o incremento en su remuneración mensual.

Así mismo, para efectos de la liquidación se tendrá en cuenta la certificación obrante en la carpeta 017, en donde consta que el actor desempeña el cargo de Copiloto A320 y que presta sus servicios en la empresa desde el 22 de septiembre de 2014.

Por otra parte, observa la Sala que si bien en interrogatorio de parte el demandante hizo mención que en virtud del acuerdo suscrito entre ACDAC y AVIANCA S.A. únicamente le han pagado sus acreencias laborales desde febrero de 2022 que empezó su entrenamiento, no obstante, se

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

observa que sus pretensiones estuvieron encaminadas al reconocimiento de las acreencias laborales dejadas de percibir hasta su reintegro, lo que se itera, acaeci6 el 01 de julio de 2021, por lo que, se calcularan las condenas 6nicamente hasta el 30 de junio de tal anualidad, pues esta corporaci6n no goza de facultades ultra ni extra petita.

De esta manera, tenemos que le corresponde pagar a la demandada los siguientes conceptos y valores:

a. Salarios (36,1 meses) = \$264'673.034,30.

b. Cesantías:

- 28 de junio al 31 de diciembre de 2018=	\$3'726.928,69
- 01 de enero al 31 de diciembre de 2019=	\$7'331.663,00
- 01 de enero al 31 de diciembre de 2020=	\$7'331.663,00
- 01 de enero al 30 de junio de 2021=	\$3'665.831,50
- Total=	\$22'056.086,19

c. Intereses a las Cesantías:

- 28 de junio al 31 de diciembre de 2018=	\$227.342,65
- 01 de enero al 31 de diciembre de 2019=	\$879.799,56
- 01 de enero al 31 de diciembre de 2020=	\$879.799,56
- 01 de enero al 30 de junio de 2021=	\$219.949,89
- Total=	\$2'206.891,66

d. Prima de servicios:

- 28 de junio al 30 de junio de 2018=	\$61.097,19
- 01 de julio al 31 de diciembre de 2018=	\$3'665.831,50
- 01 de enero al 31 de diciembre de 2019=	\$7'331.663,00
- 01 de enero al 31 de diciembre de 2020=	\$7'331.663,00
- 01 de enero al 30 de junio de 2021=	\$3'665.831,50
- Total=	\$22'056.086,19

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

e. Vacaciones:

- 28 de junio de 2018 al 27 de junio de 2019= \$3'665.831,50
- 28 de junio de 2019 al 27 de junio de 2020= \$3'665.831,50
- 28 de junio de 2020 al 27 de junio de 2021= \$3'665.831,50
- 28 de junio de 2021 al 30 de junio de 2021= \$ 366.583,15
- **Total= \$11'364.077,65**

f. Viáticos: Según se colige del artículo 130 del C.S.T. dicho rubro corresponde a valores que recibe el trabajador para su sustento dentro de un viaje como consecuencia del servicio que presta al empleador y, por ende, cubre aspectos tales como, transporte, alimentación, alojamiento y gastos de representación. En el asunto, no es dable imponer tal condena como quiera que el demandante no ejecutó sus servicios durante el tiempo que estuvo cesante.

g. Primas de alimentación, comando y navegación: Los artículos 38, 89 y 95, establecen su reconocimiento durante el ejercicio efectivo y real de las funciones del trabajador; no obstante, y como quedó visto el trabajador durante el tiempo en que estuvo cesante no estuvo desarrolló sus funciones como copiloto, por lo que, no es dable el reconocimiento de tales primas, por demás que la prima de comando se paga únicamente a pilotos, y el actor, se itera, ostenta la calidad de copiloto.

h. Prima por traslado a Equipo Turbohélice: El artículo 136 convencional señala que se reconoce a quienes antes del 01 de abril de 2001 se desempeñaban como comandante y fueron reubicados a naves de turbohélice; supuesto fáctico en el que no se encuentra el actor, de modo que, no es dable tal reconocimiento a su favor.

i. Prima de antigüedad: Conforme a la cláusula 88 convencional esta prima se reconoce a los Copilotos con una antigüedad de más de dos años, y consiste en \$42.075 mensuales por cada año de servicio; prima que se incrementará conforme al I.P.C. Por tanto, tenemos que dicho valor actualizado a 2018 corresponde a \$58.422,77, 2019 a \$60.279,37, 2020 a

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

\$62.569,99, y 2021 a \$63.582,68. De esta manera, tenemos que a 2018 se debió pagar las siguientes sumas:

- 2018=	\$356.378,90
- 2019=	\$723.352,44
- 2020=	\$750.839,88
- 2021=	\$381.496,08
- Total=	\$2'212.067,30

j. Prima de navidad: El artículo 96 convencional establece su pago por valor de 18 días de salario, por lo que, se tiene que se deben pagar las siguientes sumas:

- 2018=	\$2'236.157,21
- 2019=	\$4'398.997,80
- 2020=	\$4'398.997,80
- 2021=	\$2'199.498,90
- Total=	\$13'233.651,71

k. Prima de vacaciones: El artículo 97 convencional establece su pago por valor de 18 días de salario al momento a salir a disfrutar a vacaciones, por lo que, se tiene que se deben pagar las siguientes sumas:

- 28 de junio de 2018 al 27 de junio de 2019=	\$4'398.997,80
- 28 de junio de 2019 al 27 de junio de 2020=	\$4'398.997,80
- 28 de junio de 2020 al 27 de junio de 2021=	\$4'398.997,80
- 28 de junio de 2021 al 30 de junio de 2021=	\$ 36.658,32
- Total=	\$13'233.651,72

Del mismo modo, y como quiera que las sumas aludidas se han visto sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, se hace necesario efectuar la condena de tales rubros debidamente **indexada**.

Finalmente, se advierte que no resulta prospera la excepción de compensación, puesto que los valores que se aducen se han pagado son posteriores al reintegro del trabajador, los que como quedo visto no fueron

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

objeto de condena, por lo que no es dable declarar probado tal medio exceptivo.

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ el numeral segundo** de la sentencia, y en su lugar, se CONDENARÁ a AVIANCA S.A. a reconocer y pagar a favor del demandante las sumas aludidas debidamente indexadas, se autorizará a dicha entidad para que descuenta de la condena las sumas que hubiere pagado como consecuencia del reintegro del actor, y se absolverá de las demás pretensiones incoadas en contra de la demandada.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo como fecha de iniciación el 22 de septiembre de 2014, y que se encuentra actualmente vigente.

SEGUNDO. – **REVOCAR el numeral segundo** de la sentencia. En su lugar, se CONDENAR a AVIANCA S.A. a reconocer y pagar al demandante debidamente **indexados** al momento de efectuarse su pago, los siguientes conceptos y valores:

- A. Salarios, \$264'673.034,30.**
- B. Cesantías, \$22'056.086,19.**
- C. Intereses a las cesantías, \$2'206.891,66.**
- D. Prima de servicios, \$22'056.086,19.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-01364 -01.

Demandante: **SERGIO CHALELA CHAHIN**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

E. Vacaciones, \$11'364.077,65.

F. Prima de antigüedad: \$2'212.067,30

G. Prima de navidad: \$13'233.651,71

H. Prima de vacaciones: \$13'233.651,72

PARÁGRAFO 1º: ABSOLVER a AVIANCA S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO. -. Sin costas en esta instancia.

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

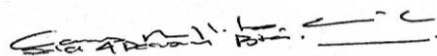
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., 31 de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ROSA TULIA CHÁVEZ MORENO** adelanta contra la recurrente.

II. AUTO

Se reconoce personería para actuar a la abogada Gina Paola Bustos Piragua, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.110.519.761 de Ibagué y T.P. No. 283.476 del C.S de la J, como apoderada de Colpensiones, de acuerdo con el poder aportado en archivo segunda instancia *05alegatoscolpensiones*.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante pretende de Colpensiones que se declare la reliquidación del retroactivo pensional a su favor y se condene en costas. Como fundamento de las pretensiones, señaló que nació el 21 julio de 1954, pertenece al régimen de transición y cumplió con los requisitos para acceder

a la pensión de vejez de acuerdo con el Acuerdo 049 de 1990; que el 1 de noviembre de 2013 solicitó la pensión, pero fue negada mediante resolución GNR51063 de 2014; Colpensiones resolvió los recursos de reposición y apelación a través de resoluciones GNR390970 y VPB17766 de 2014, respectivamente; que desde noviembre de 2013 a junio 2017 cotizó a la seguridad social en salud como independiente; que después de presentar varias acciones de tutela Colpensiones le reconoció la pensión de vejez y el retroactivo desde el 27 abril de 2015 a junio de 2018, sin embargo debía liquidarse desde el año de 2013 y no realizar ningún descuento de salud por haber lo cubierto la demandante directamente (f.º 2 a 5 y 103 a 105, archivo *01cuaderno principal*).

3.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada se apuso a las pretensiones de la demanda, argumentó que la pensión de vejez se reconoció a la demandante a partir de la fecha en la que cumplió con los requisitos legales para acceder a ella y se pagó el retroactivo pensional, descontando los aportes a salud y las mesadas afectadas por la prescripción. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica (f.º 111 a 116, archivo *01cuaderno principal*).

3.3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar a favor de la señora ROSA TULIA CHÁVEZ MORENO, la pensión de vejez a partir del 01 de mayo del año 2014, en cuantía inicial o igual al SMLMV para dicha fecha de \$616.000, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar a favor de la señora ROSA TULIA CHÁVEZ MORENO el pago del retroactivo pensional causado entre el 01 de mayo de 2014 al 27 de abril de 2015 por la suma de \$8.350.000.00

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Por haber resultado en vencida en esta instancia judicial. Tásese por secretaria.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se procede a lo que corresponda en el presente caso.

Para llegar a esta conclusión, adujo que la actora hace parte del régimen de transición previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues para la fecha de expedición de dicha norma tenía cotizadas 774 semanas, por lo que la norma aplicable es el acuerdo 49 de 1990, y bajo esa línea, logró reunir las mil semanas el 8 de marzo de 2014, sin embargo, al seguir cotizando hasta el 30 de abril de ese mismo año el reconocimiento se haría a partir de esa fecha. De otra parte, arguyó que no es correcta la postura de la demandada al reconocer la pensión desde el 27 de abril de 2015 bajo el argumento de que existió prescripción, ya que la misma fue interrumpida y por ende el retroactivo pensional debe liquidarse desde 1 de mayo de 2014 al 27 de abril de 2015.

3.4 Argumentos de la Recurrente.

Inconforme con la decisión, **COLPENSIONES** señaló en su recurso que la demandante al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, tenía solo 628.5 semanas, por lo que no es procedente el reconocimiento pensional bajo el régimen de transición, ni tampoco el pago de retroactivo, ni de la mesada 13. Agregó que tampoco cumple con los requisitos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, pues tiene la edad, pero solo tiene 1.017 semanas de cotización, y si bien le reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución SUB126065 de 2018, lo cierto es que el retroactivo pagado desde el 27 de abril de 2015 se ajusta a los preceptos de prescripción y sobre los cuales aplicó el descuento al sistema de salud.

3.5 Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, mediante auto de 10 de octubre de 2022 se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la recurrente para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿El viable que retroactivo pensional se liquide desde el 27 de abril de 2015 y sobre el valor del mismo se puede efectuar descuentos a favor del sistema de seguridad social en salud?

Tesis

Se adicionará y confirmará la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

4.1. De la calidad de pensionada

De entrada, la Sala debe señalar que no es factible atender el primer argumento del recurso referente a que se revoque la decisión de reconocimiento pensional a favor de la actora, por cuanto la misma no hace parte del régimen de transición, por lo que no era factible el derecho bajo la luz del acuerdo 049 de 1990, ni bajo los supuestos de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, en la medida en que el derecho pensional de la actora no fue propuesto por la demandante, ni en las excepciones, ni fue objeto de controversia en primera instancia, de hecho, antes de iniciar la litis, la recurrente reconoció la pensión a la actora en sede administrativa a través de la Resolución SUB126065 de 2018 (f.º 86 a 89, archivo 01cuadernoprincipal), en la que, contrario a lo afirmado por su apoderada, la norma aplicable fue el mencionado acuerdo 049, precisamente porque pertenecía al régimen de transición, tal como se evidencia a folio 86 y 87:

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 7,268 días laborados, correspondientes a 1,038 semanas.

Que nació el 21 de julio de 1954 y actualmente cuenta con 63 años de edad.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 758 del 11 de abril de 1990, "Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo".

Que la norma precitada en el párrafo inmediatamente anterior se aplica por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que textualmente establece: "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más

SUB 126075
09 MAY 2018

años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993."

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE".

Que igualmente de conformidad con lo establecido en el parágrafo 4 transitorio del Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005, el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 finaliza el 31 de julio de 2010 y podrá extenderse hasta el año 2014 en los siguientes términos:

"el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo (25 de julio de 2005), a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Que la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, mediante Circular 01 de 2012, establecieron que para el cálculo del ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se aplicaran las siguientes reglas:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, será el promedio de lo devengado o cotizado entre el tiempo que le hiciere falta desde la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de adquisición del derecho a la pensión, o el de todo el tiempo si este fuere superior.

Para los que les faltare más de 10 años, el ingreso base de liquidación será calculado de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993; es decir, el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral si tuviera 1250 o más semanas, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC), según certificación que expida el DANE.

Por ello, abordar una temática diferente en esta instancia, implicaría atentar contra el principio de congruencia previsto en el art. 281 del Código General del Proceso, aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS, que establece: *La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*; por lo que conforme a dicho principio, los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador (CSJ SL2808-2018).

Así, el motivo de análisis de este recurso se centrará solamente respecto del pago del retroactivo a favor de la actora; que para el *a quo* operó desde el 1 de mayo de 2014, mientras que para la recurrente debe ser desde el 27 de abril de 2015 al operar el fenómeno jurídico de la prescripción. Bajo ese entendido, encuentra la Sala que no fue motivo de discusión que **i)** la actora nació el 21 julio de 1954, **ii)** pertenece al régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que la norma aplicable es el Acuerdo 049 de 1990, **iii)** Colpensiones le reconoció la pensión de vejez mediante de la SUB126065 de 2018 desde el 27 de abril de 2015 en una suma equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, por trece mesadas y con un retroactivo a su favor desde el 27 abril de 2015.

4.2. Del retroactivo

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

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su

desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016). Sin embargo, dicha Corporación en sentencia SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional. Así lo dijo, en la aludida sentencia:

“Sobre la figura de la desafiliación, esta Sala ha considerado que aquella acontece cuando el afiliado exterioriza su voluntad de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender. En esa medida, sobre el alcance y sentido de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala ha adoctrinado que cuando no se cuente con el acto formal de desafiliación, deben examinarse las circunstancias fácticas del caso a fin de determinar en qué momento debe entenderse que el afiliado desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada. Así se adoctrinó en la sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018:

(...) En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido.

4.3. Del caso concreto

Aplicadas tales nociones al caso de marras, evidencia la Sala que no existe acto de desafiliación de la actora al sistema, sin embargo, al reconocer la pensión de vejez, Colpensiones tuvo como última semana cotizada el 30 de abril de 2014, y un total de 1.038 semanas cotizadas, por lo que acierta el *a quo* cuando impone la condena por mesadas pensionales desde el 1° de mayo de 2014, fecha siguiente a la última cotización, fecha en la que la afiliada desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada

SUB 126075
09 MAY 2018

TEJIDOS MEDIAS Y CALCETINES	19900101	19900331	TIEMPO SERVICIO	90
TEJIDOS MEDIAS Y CALCETINES	19900401	19910430	TIEMPO SERVICIO	395
TEJIDOS MEDIAS Y CALCETINES	19910501	19911227	TIEMPO SERVICIO	241
TEXTILES PICASSO LTDA.	19920213	19920219	TIEMPO SERVICIO	7
BULBENA MARTI JOSE	19920413	19921130	TIEMPO SERVICIO	232
BULBENA MARTI JOSE	19921201	19921219	TIEMPO SERVICIO	19
BULBENA MARTI JOSE	19930129	19931218	TIEMPO SERVICIO	324
MANUFACTURAS ELIOT LTDA	19940210	19940218	TIEMPO SERVICIO	9
SERV TEMPOR DE COL LTDA	19941013	19941115	TIEMPO SERVICIO	34
LABORATORIOS BIONAT LTDA	19950201	19950228	TIEMPO SERVICIO	30
LABORATORIOS BIONAT LTDA	19950301	19950331	TIEMPO SERVICIO	30
LABORATORIOS BIONAT LTDA	19950401	19950430	TIEMPO SERVICIO	30
LABORATORIOS BIONAT LTDA	19950501	19950531	TIEMPO SERVICIO	30
LABORATORIOS BIONAT LTDA	19950601	19950731	TIEMPO SERVICIO	60
LABORATORIOS BIONAT LTDA	19950801	19951031	TIEMPO SERVICIO	90
LABORATORIOS BIONAT LTDA	19951101	19951130	TIEMPO SERVICIO	30
LABORATORIOS BIONAT LTDA	19951201	19951222	TIEMPO SERVICIO	22
INTERASED INTERNACIONAL DE ADM	20020801	20020804	TIEMPO SERVICIO	4
INTERASED INTERNACIONAL DE ADM	20020901	20021231	TIEMPO SERVICIO	120
INTERASED INTERNACIONAL DE ADM	20030101	20030731	TIEMPO SERVICIO	210
INTERASED INTERNACIONAL DE ADM	20030801	20030827	TIEMPO SERVICIO	27
DISTRIBUIDORES DE MANTENIMIENT	20041001	20041231	TIEMPO SERVICIO	90
DISTRIBUIDORES DE MANTENIMIENT	20050101	20050526	TIEMPO SERVICIO	146
DISTRIBUIDORES DE MANTENIMIENT	20050601	20050929	TIEMPO SERVICIO	119
DISTRIBUIDORES DE MANTENIMIENT	20051001	20051028	TIEMPO SERVICIO	28
DISTRIBUIDORES DE MANTENIMIENT	20051101	20051129	TIEMPO SERVICIO	29
DISTRIBUIDORES DE MANTENIMIENT	20051201	20051231	TIEMPO SERVICIO	30
DISTRIBUIDORES DE MANTENIMIENT	20060101	20060127	TIEMPO SERVICIO	27
DISTRIBUIDORES DE MANTENIMIENT	20060201	20060331	TIEMPO SERVICIO	60
DISTRIBUIDORES DE MANTENIMIENT	20060401	20060405	TIEMPO SERVICIO	5
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20090901	20090930	TIEMPO SERVICIO	30
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20091201	20091231	TIEMPO SERVICIO	30
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20100101	20100131	TIEMPO SERVICIO	30
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20100201	20101231	TIEMPO SERVICIO	330
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20110101	20110131	TIEMPO SERVICIO	30
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20110201	20111231	TIEMPO SERVICIO	330
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20120101	20120131	TIEMPO SERVICIO	30
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20120201	20121231	TIEMPO SERVICIO	330
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20130101	20130131	TIEMPO SERVICIO	30
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20130201	20131231	TIEMPO SERVICIO	330
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20140101	20140131	TIEMPO SERVICIO	30
CHAVEZ MORENO ROSA TULIA	20140201	20140430	TIEMPO SERVICIO	90 - 12

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 7.268 días laborados, correspondientes a 1.038 semanas.

Que nació el 21 de julio de 1954 y actualmente cuenta con 63 años de edad.

Ahora, frente a la excepción de prescripción alegada por la pasiva, se verifica que la demandante solicitó por primera vez la pensión de vejez el 1°

de noviembre de 2013 (*PDF. Imagen 155 expedienteadministrativo*) la cual fue negada mediante acto administrativo GNR51063 de 21 de febrero de 2014, contra dicho acto, interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación los cuales fueron resueltos mediante resolución GNR 390970 del 09 de noviembre de 2014 VPB 17766 del 26 de febrero de 2015 respectivamente, por lo que en principio estaría agotada la reclamación administrativa, y la demandante podría acudir a la jurisdicción.

No obstante, la actora solicitó la corrección de su historia laboral el pensional el 23 de agosto de 2017 (*PDF. Imagen 135 expedienteadministrativo*), y el 12 de marzo de 2018 instauró acción de tutela (*Fl. 81cuadernoprincipal*), 1 resuelta por el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá el 22 de marzo de 2018, ordenando a Colpensiones realizar un nuevo estudio de la pensión (*Fl. 82 a 85 cuadernoprincipal*), por lo que fruto de esa acción, se produjo la Resolución SUB126075 del 9 de mayo de 2018 en la que se reconoce el derecho pensional y con ello, el pago del retroactivo el cual fue motivo descontento de la demandante y, por ello provoca, demanda ordinaria laboral el 21 de octubre de 2019 (*Fl. 65 cuadernoprincipal*), con lo cual el derecho no se encuentra prescrito como bien lo anotó el *a quo*, pues entre la fecha de la resolución que lo declara y la demanda presentada por la actora no medió los tres años de que trata el art. 151 del CPTSS.

4.5. Descuentos por salud

Por último, de cara a definir si los descuentos al sistema general de seguridad social en salud, la Sala considera tales descuentos son una obligación legal a la luz del inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, y por esa razón no requiere autorización judicial que así lo ordene (CSJ SL4537-2021), no obstante, como fue motivo de inconformidad de la recurrente, se adicionará la sentencia de primera instancia y se autorizará a la demandada descontarlos, en lo restante confirmará la sentencia atacada.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida por el juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de AUTORIZAR a la demandada para que, del valor del retroactivo a favor de la demandante, descuenta los aportes al sistema general de seguridad social en salud, de acuerdo con lo motivado en esta providencia.

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

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-01133-01.
Demandante: Rosa Tulia Chávez Moreno
Demandado: Colpensiones

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., 31 de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** que se surte a favor de **JORGE ENRIQUE ROBLES VILLAMARÍN**, con ocasión de la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 4 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que el beneficiario adelanta contra **COLPENSIONES**.

II. AUTO

Se reconoce personería para actuar al abogado Hernán Felipe Jiménez Salgado, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.899.841 de Bogotá y T.P. No. 211.401 del C.S de la J, como apoderado de Colpensiones, de acuerdo con el poder aportado en archivo segunda instancia *06alegatoscolpensiones*.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante pretende de Colpensiones que su derecho pensional de vejez por alto riesgo, en consecuencia, solicitó el pago de las mesadas

pensionales desde agosto de 2011, los intereses moratorios, la indexación y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones relató los siguientes hechos que se resumen así: el actor viene laborando como piloto de aeronave comercial desde el 29 de julio de 1991 a la fecha, devengando como salario actual la suma de \$23.500.000, afirmó que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo con Avianca SA; que tiene cotizadas más de 1.224,14 semanas en Colpensiones; que su labor es considerada como trabajo de alto riesgo por lo que tiene derecho a la pensión bajo el Decreto 2090 de 2003 y que mediante Resolución SUB 5240 de 2018 le fue negado su derecho pensional, y a pesar de que interpuso los recursos correspondientes la decisión no fue modificada (f.º 1 a 14, *archivo 01expedientedigital*).

3.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada se apuso a las pretensiones de la demanda, argumentó que no concedió la pensión de vejez al demandante, por cuanto la labor de piloto aviador de aerolínea comercial no está catalogado como de alto riesgo a la luz del Decreto 2090 de 2003, ni tampoco se hizo cotizaciones por ese riesgo. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido inexistencia de intereses moratorios, y la genérica (f.º 1 a 14, *archivo 06contestacioncolpensiones*).

3.3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de Inexistencia del Derecho y de la Obligación propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y declararse relevado del estudio de los demás medios exceptivos.

SEGUNDO. ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor JORGE ENRIQUE ROBLES VILLAMARIN, conforme quedó explicado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. COSTAS. Lo serán a cargo del demandante señor JORGE ENRIQUE ROBLES VILLAMARIN, tásense las agencias en derecho en la suma de \$100.000.

CUARTO. En caso de no ser apelada la presente providencia y por ser completamente desfavorable al demandante, Consúltese con la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Para llegar a esta conclusión señaló que los Decreto 1281 de 1994 y 2090 de 2003 no contemplaron la actividad de aviador comercial como actividad de alto riesgo, adicionalmente que la sentencia C-093 de 2017 de la Corte Constitucional, ni los acuerdos convencionales lo ha estipulado, aunado a que tampoco se reporta cotizaciones por alto riesgo.

Contra dicha decisión las partes no interpusieron recurso alguno.

3.4 Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, mediante auto de 16 de febrero de 2023 se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandada para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio de la consulta a favor del demandante.

.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿El viable catalogar la labor de avisador comercial que desarrolla el demandante como de alto riesgo?, en caso afirmativo, se verificará los demás requisitos para acceder a la pensión especial de vejez.

Tesis

Se confirmará la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

4.1. De las actividades de alto riesgo y caso concreto

No fue motivo de discusión en esta instancia los siguientes supuestos fácticos: i) que el actor nació el 1 de junio de 1970, ii) se desempeña como aviador en la empresa Copa Airlines SA, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde 22 de enero de 2004 a la fecha y iii) que ha cotizado al régimen de prima media con prestación definida más de 691 semanas.

A efectos de resolver el problema jurídico, es pertinente identificar si el cargo de aviador comercial está catalogado como una actividad de alto riesgo como lo pretende el demandante. Al respecto, ha sido tradicional por parte del Acuerdo 49 de 1990 y los Decretos 1295 de 1994 y 2090 de 2003 enlistar aquellas actividades catalogadas como tal, conservándose a la fecha, entre ellas: a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea; b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas; c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y, d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígena, agregando a ese listado por parte del Decreto 2090: e) los trabajadores de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en lo que refiere a técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida, f) el cuerpo oficial de bomberos con funciones de extinción de incendios y g) los guardianes del INPEC en los centros de reclusión.

Podría pensarse, en principio, que la enumeración hecha resulta incompleta, y en algunos casos desigual, frente a otras actividades que no fueron incluidas y que tienen un mismo nivel de impacto, es así como la Corte Constitucional en Sentencia C-1125 de 2004, al examinar la constitucionalidad del Decreto 2090 señaló que no se incurre en omisión legislativa cuando en el listado no se incluyen otras actividades, pues *el criterio tenido en cuenta para determinar si una actividad es considerada de alto riesgo no sólo fue la ocupación misma sino el tiempo de exposición a los efectos nocivos que ella puede generar, es decir, la frecuencia con que la persona desempeña la actividad y la fatiga a que se ve enfrentada, cuestiones que perjudican o desmejoran su expectativa de vida.*

Más adelante agregó que *condiciones adversas a las que se ven enfrentados unos y otros servidores son distintas, no solo en razón de las funciones, que son disímiles, sino por la tensión permanente a la que se ven expuestos. Justamente cuando se pretendió regular de manera concreta las actividades que generan alto riesgo en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil se tuvo en cuenta la que generaba mayor fatiga mental y por contera disminuía la expectativa y calidad de vida, disminución que por lo menos en lo atinente a ese factor no se encuentra latente en la actividad de los bomberos aeronáuticos*, y con ello, concluyó que el numeral 5 del art. 2 del mencionado Decreto es exequible.

Ahora bien, esa alta corporación, tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse con ocasión de la demanda presentada por un ciudadano que aseguraba que el listado del art. 12 era inconstitucional, al dejar de incluir la actividad de aviador civil, que en su sentir, eran más riesgosas y peligrosa que las demás, es así como en sentencia C-093 de 2017, luego de resolver los cargos respecto de cosa juzgada y de inepta demanda, indicó que en últimas, lo que pretende el demandante es que la Corte asuma un rol distinto del que le corresponde en el marco del control abstracto de constitucionalidad, efectuando una labor hermenéutica, para determinar el alcance del artículo 2 del Decreto 2090 de 2003; y segundo, efectuando una labor subsuntiva, estableciendo si la aviación civil encuadra dentro del numeral 3 del artículo 2 de dicha normatividad.

Bajo esa línea, respecto en sí de las actividades de los aviadores civiles, señaló que no es posible determinar sobre las premisas fácticas y los elementos probatorios, la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre su impacto en la salud, por cuanto no se allegaron pruebas conclusivas, más cuando *«según la documentación científica que consta en este proceso, todas las personas se encuentran expuestas a radiaciones ionizantes, las pruebas aportadas en este proceso no debían estar orientadas solo a demostrar que los aviadores están expuestos estas radiaciones, sino a demostrar que los niveles de radiación superan los estándares generalmente aceptados, y que esto se traduce en una afectación de la salud de estos profesionales; de esta circunstancia no se da cuenta en el proceso judicial, y por el contrario, según la información proporcionada por*

gran parte de los intervinientes, esta dosis se ajusta a los estándares generalmente aceptados».

Agrega que las cancelaciones de certificados médicos tampoco acreditan el vínculo causal entre las radiaciones ionizantes y las patologías allí detectadas; *«por el contrario, la mayor parte de las patologías mencionadas no corresponden a los efectos que según la literatura médica se producen por la exposición a radiaciones ionizantes, tal como ocurre con la depresión, los accidentes cerebro vasculares, la diabetes, los trastornos de la personalidad, la artrosis cervical, el trastorno fóbico, el infarto de miocardio, el trastorno de ansiedad, el vertido crónico o la artrosis de rodilla; incluso, tal como lo adviertieron algunos de los intervinientes, estas afecciones corresponden a enfermedades de origen común, y no de origen profesional».*

Además, para demostrar que la aviación civil debía ser calificada como actividad de alto riesgo no bastaba con acreditar que la exposición a las radiaciones ionizantes tiene la potencialidad de afectar su salud, sino que *«esto se traduce en una reducción de la expectativa de vida saludable, o en la necesidad de que este grupo poblacional sea retirado anticipadamente de la vida laboral, cuestiones estas frente a las cuales no se aportaron pruebas; y finalmente, no todas las personas que se dedican a la aviación están expuestos a los mismos niveles de radiación, pues ello depende de múltiples variables como la altitud de los viajes, la zona de tránsito según su mayor o menor proximidad a los polos, la protección del avión frente a las radiaciones, la frecuencia de los vuelos, y la misma función ejercida por los aviadores, porque incluso, los pilotos inspectores de operaciones y los pilotos chequeadores de ruta cumplen su rol sin volar».*

De lo anterior, la Sala debe concluir que, en el caso particular del actor, la actividad de aviador comercial no sólo no está prevista en las normas jurídicas como de alto riesgo, sino que además del examen hecho por la Corte Constitucional no se evidencia que la misma pueda generar alguna situación que la pueda configurar como tal, por lo que al ser un supuesto necesario para la configuración del derecho a la pensión de alto riesgo bajo las premisas del Decreto 2090 de 2003, esta Sala, al no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00256-01.
Demandante: Jorge Enrique Robles Villamarín
Demandado: Colpensiones

encontrarlo configurado confirmará en todas sus partes la sentencia consultada.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de acuerdo con lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00256-01.
Demandante: Jorge Enrique Robles Villamarín
Demandado: Colpensiones

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00562 -01.

Demandante: **CARLOS HERNÁN GUTIÉRREZ GRANADA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 14 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que **CARLOS HERNÁN GUTIÉRREZ GRANADA** promovió contra **COLFONDOS S.A.**, y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, que COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES el capital contenido en su cuenta de ahorro individual, rendimiento, y gastos de administración debidamente indexados; y que COLPENSIONES compute sus respectivas semanas como efectivamente cotizadas al régimen de prima media.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.** (fls. 129 a 146 del archivo 01 y archivo 08) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La última, también propuso la de compensación.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del actor a COLFONDOS S.A., suscrita el 07 de octubre de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de medio SMLMV.

4. Argumentos del Recurrente.

COLPENSIONES señaló que el negocio jurídico que dio lugar a la ineficacia de traslado es ajeno a la entidad, por lo que, debe ser absuelto de las pretensiones; que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en COLFONDOS S.A., pues el actor contaba con los medios para comprender

las consecuencias de su decisión, podía ilustrarse y asesorarse de la mejor manera; que su negativa se basa en cumplimiento de un deber legal; y que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 12 de enero de 1981 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 18 a 25 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 07 de octubre de 1999 (fl.26 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de

brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 26 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 07 de octubre de 1999 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Gutiérrez Granada se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (07 de octubre de 1999) no era

obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el fondo privado le manifestó que el I.S.S. estaba quebrado, que no podía sostener la pensión de la gente, que no era viable, que con los fondos privados tenían mejor calidad y que se podía realizar en cualquier momento su retiro; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, y dado que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante se incluyó aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, la decisión del *A Quo* se confirmará.

Así mismo, se observa que el *A Quo* dispuso que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. debían aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen; aspecto que comparte plenamente esta Sala por lo que también se confirmará.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00562 -01.

Demandante: **CARLOS HERNÁN GUTIÉRREZ GRANADA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de julio de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2019-00562 -01.
Demandante: **CARLOS HERNÁN GUTIÉRREZ GRANADA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00494 -01.

Demandante: **LIBIA MARITZA TRIANA PALLARES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 01 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que **LIBIA MARITZA TRIANA PALLARES** promovió contra **COLFONDOS S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad del traslado o afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, que COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES el monto ahorrado junto con los rendimientos y gastos de administración indexadas; y que COLPENSIONES reciba tales valores.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

Demandante: **LIBIA MARITZA TRIANA PALLARES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.** (fls. 129 a 195, 233 a 253 del archivo 01) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La última, también propuso la de compensación.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora con COLFONDOS S.A. el 25 de mayo de 1994 contenida en el formulario No.063625.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente, COLFONDOS S.A. debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al régimen de prima media con prestación definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

SEXTO: Se condena en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. Colpensiones no se condena en costas

4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES señaló que el interrogatorio de parte es contradictorio con las motivaciones de la demandante para trasladarse de régimen, pues informa que la razón de su cambio era el temor de la liquidación del I.S.S, sin embargo, en la demanda se alude a que el asesor de COLFONDOS S.A. señaló que tendría mejores rendimientos y por ende una pensión más alta, lo que por demás es una característica propia del R.A.I.S.; que por lo anterior,

se puede establecer que hubo una información, lo que aunado a su voluntad libre y voluntaria decidió afiliarse al fondo privado; que en dicho interrogatorio la demandante confesó su negligencia frente a corroborar la información, obligación que tenía como consumidora financiera; que el I.S.S. no tuvo ningún tipo de injerencia de la decisión de la actora, únicamente la avaló; que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera, puesto que existe una afectación, ya que, a futuro deberá reconocer una pensión, por demás que el deseo de retornar está supeditado a la mesada pensional que se le otorgará en el R.A.I.S.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 03 de mayo de 1989 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 43 a 46 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 25 de mayo de 1994 (fl.41 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y

comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 95 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25 de mayo de 1994 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Triana Pallares se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (25 de mayo de 1994) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que la asesora de COLFONDOS S.A. le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que por ello, era necesario su traslado de régimen pensional; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, y comisiones, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

Demandante: **LIBIA MARITZA TRIANA PALLARES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, y comisiones, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00494 -01.

Demandante: **LIBIA MARITZA TRIANA PALLARES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

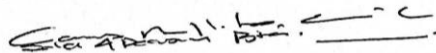
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00273 01.

Demandante: **MANUEL JOSELÍN ZARATE TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **MANUEL JOSELÍN ZARATE TORRES** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad de la afiliación por él efectuada a Porvenir S.A. en el mes de septiembre de 1999 y se ordene a Colpensiones registrar la afiliación sin solución de continuidad; como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a las demandadas a reconocer y pagar los intereses generados por la demora en la no autorización del traslado, sobre la no devolución de los aportes en pensión y la indexación de dichas sumas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00273 01.

Demandante: **MANUEL JOSELÍN ZARATE TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Fls. 75 a 107 Archivo 01 y archivos 02 y 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Fls. 152 a 173 Archivo 01), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:

- ✓ El señor MANUEL JOSELÍN ZARATE TORRES con la AFP PORVENIR el 15 de julio de 1999 contenida en el formulario No. 01210575.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor MANUEL JOSELÍN ZARATE TORRES dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

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

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00273 01.

Demandante: **MANUEL JOSELÍN ZARATE TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES manifestó que, la jurisprudencia aplicada al caso resulta ser contraria a jurisprudencia constitucional como por ejemplo la sentencia C-086 de 2016 en la que se ha indicado que las cargas probatorias deben velar por el debido proceso y en este caso la inversión de la prueba se realizó de manera total por un criterio jurisprudencial, sin embargo, esta desconoce las herramientas de los sujetos procesales, pues la AFP acreditó que no poseía más información que el formulario de afiliación, por lo que no existe esta prueba, lo que conlleva a una imposibilidad jurídica de acreditar el deber de información, lo cual afecta a Colpensiones.

Indicó que el demandante en su interrogatorio de parte señaló que el RAIS maneja rentabilidad, que las mesadas son heredables, siendo estos los elementos que se requieren conocer del régimen, por cuanto no se puede exigir que el actor se vuelva un experto en el derecho de la seguridad social.

Respecto de la condena en costas impuesta a Colpensiones, adujo que esta entidad no se encuentra vencida en juicio por cuanto el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia se indica una “ordenanza” a Colpensiones y no se le está condenando, siendo estas dos diferentes, además, Colpensiones no tuvo ningún tipo de injerencia, sin que pueda desconocer la ley.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** indicó que el actor, de manera voluntaria decidió suscribir el formulario de vinculación en el año 1999 y decide ratificar esa decisión a través de los actos tales como la generación de aportes y rendimientos y por ello no es dable declarar la ineficacia del

traslado, pues el demandante por más de 20 años ha estado vinculado al RAIS sin generar oposición ni inconformidad alguna y solamente estando a portas de adquirir la edad pensional es el momento en el cual manifiesta una inconformidad.

Manifestó que, el actor, como ciudadano, debe tener conocimiento de la ley y que en su condición de consumidor financiero también tiene unas obligaciones y deberes, por lo que no puede aducirse una falta al deber de información, especialmente cuando para la fecha de su traslado ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, la cual es de alcance y contenido nacional y bajo estas premisas se está afectado el artículo 9 del Código Civil.

Expuso que, dentro del proceso no se probó un actuar contrario a lo indicado por las reglas de la Ley 100 de 1993 y los Decretos reglamentarios, teniendo en cuenta que para la época del traslado del demandante lo único que se exigía era el formulario de vinculación el cual fue suscrito por el actor.

Señaló que la cuenta de ahorro individual del demandante fue debidamente administrada por Porvenir S.A., por lo que, en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia solicitó la revocatoria de la orden de devolución de los gastos de administración y su indexación, teniendo en cuenta que del valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, el 56% equivale a rendimientos, con lo que se observa que esa AFP ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones y además de ello ha ejercido ese cumplimiento frente a las disposiciones, características y funcionamiento, que en este caso resulta ser otorgar a los afiliados unos rendimientos, adicionalmente, al remitirse a lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, este de manera taxativa indica cuáles son los valores a retornar, esto es los aportes y rendimientos, con lo que no existe determinación legal que indique la obligatoriedad de devolver los gastos de administración, especialmente cuando Porvenir S.A. demostró haber realizado una debida administración de los aportes del demandante, además de que no se puede dar un carácter diferente estos conceptos que son obligaciones de tracto sucesivo que son imposibles de retornar y frente a los cuales no se puede predicar una imprescriptibilidad dado que los mismos no van a financiar la mesada pensional del actor.

Finalmente, y en cuanto a la orden de retornar sumas de manera indexada con cargo al propio patrimonio de Porvenir S.A., expuso que con ella se le está endilgando una doble condena, especialmente cuando los rendimientos generados y que deben devolverse superan cualquier devaluación monetaria que se pudo haber presentado durante la vigencia de la afiliación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandada Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 14 de febrero de 1990 presenta aportes en tal régimen (fl. 39 archivo 01, archivo 02 y fl. 04 archivo 03); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 15 de julio de 1999 (fl. 168 archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta

complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 168 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 15 de julio de 1999 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Zarate Torres se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (15 de julio de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, sin que se esté obligando al fondo privado a allegar documento adicional al formulario de afiliación; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las características de los regímenes pensionales ni de las consecuencias de su traslado, pues le indicaron que el ISS se iba a acabar, que tendría mejor pensión con el fondo privado, que podía obtener la pensión antes de cumplir con la edad; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que el demandante, como consumidor financiero tenía también unos deberes u

obligaciones, entre ellos el de asesorarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Porvenir S.A. en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Demandante: **MANUEL JOSELÍN ZARATE TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Finalmente, frente a las costas impuestas a Colpensiones, estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A.** deberán

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00273 01.

Demandante: **MANUEL JOSELÍN ZARATE TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

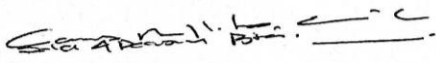
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00821 01.

Demandante: **VICENTE TORRES MARIÑO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de julio de 2022, en proceso ordinario laboral que **VICENTE TORRES MARIÑO** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado el 27 de junio de 1996 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, tales como aportes, capital acumulado, bonos pensionales, sumas adicionales, seguros previsionales, junto con sus rendimientos,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00821 01.

Demandante: **VICENTE TORRES MARIÑO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

frutos e intereses y, a esta última a recibir dichos dineros y tener al accionante como su afiliado sin solución de continuidad.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Fls. 50 a 96 Archivo 01 y archivo 02), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Fls. 121 a 183 Archivo 01), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por El señor Vicente Torres Mariño, a la AFP Porvenir, contenida en el formulario No. 750466 del 27 de junio de 1996. **SEGUNDO:** Se le **ORDENA** a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Vicente Torres Mariño, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. **TERCERO** Igualmente, **Porvenir** debe incluir todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde 1996, tales como gastos de administración y comisiones o cualquier otro valor que se hubiese descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados. **CUARTO: ORDENAR** a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS. **QUINTO:** Se declaran como no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana De Pensiones-**Colpensiones** y a la Administradora de Pensiones y Cesantías – **Porvenir S.A.** **SEXTO:** Se condena en costas a **Porvenir y a Colfondos**, a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada fondo privado.

SÉPTIMO: REMITASE EN CONSULTA.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES manifestó que, no pueden desconocerse los requisitos de validez del acto jurídico celebrado debido a que el demandante considera que actualmente le es más benéfico un régimen de pensión que otro, máxime cuando del interrogatorio de parte por él rendido se desprende que recibió una asesoría por parte del asesor de Porvenir S.A., pues en la reunión que sostuvo con dicho asesor tuvo la oportunidad de efectuar preguntas y de recibir toda la información relativa a las características del RAIS.

Indicó que, los precedentes legales y jurisprudenciales devienen en la imposibilidad de que el demandante sea trasladado de régimen pensional, pues ya se encuentra inmerso dentro de la prohibición del artículo 13 de la ley 100 de 1993, así como lo que emana de la SU 062 de 2010 de la Corte Constitucional.

Finalmente, y, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, solicitó otorgar a Colpensiones la posibilidad de iniciar una acción judicial en contra de Porvenir S.A. en aras de obtener el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por el hecho de tener que recibir nuevamente al demandante como afiliado y posteriormente como pensionado.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** indicó que el traslado de régimen pensional del actor fue eficaz y válido, pues no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, toda vez que no se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, además, que debe tenerse en cuenta que el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico y el cual contiene la exigencia establecida en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que no se trata de una simple declaración vacía en un formato de afiliación, sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Expuso que, no es viable imponerle a Porvenir S.A. cargas distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento en que se dio la afiliación del actor, ya que para la época en que se celebró el acto jurídico

de vinculación no existía exigencia legal alguna de dejar documentada la asesoría suministrada de manera verbal, pues el único documento requerido era el formulario de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS.

Señaló que esa AFP cuenta con diversos canales de atención para brindar la información y buen servicio a sus afiliados de manera que el demandante en cualquier momento pudo haber solicitado asesoría, efectuar peticiones, quejas o reclamos para mostrar su inconformidad en el RAIS, pues este es un deber que le asiste como consumidor financiero y por ello no le es dable justificarse en el desconocimiento de la ley pensional, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa, luego, por tratarse de un sistema obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPMPD como en el RAIS están definidas en su totalidad por una ley, debidamente promulgada, por lo que al demandante, como a cualquier habitante del territorio nacional, le asiste el deber de conocer la ley que es de alcance nacional, por lo que carece de fundamento razonable la falta de información.

Frente a la devolución de gastos de administración, adujo que dicha condena no es procedente en tanto que el traslado de este rubro a Colpensiones configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esta, en la medida que no existe una norma que disponga tal devolución y contrario a ello el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, menciona los dineros a trasladar dentro de los que no se encuentran los gastos de administración, que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no le pertenecen a él sino al fondo, como una contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en su cuenta de ahorro individual, además ordenar su devolución implicaría el desconocimiento de unos descuentos que estaban habilitados por la ley y en desmedro del patrimonio de Porvenir S.A., desconociendo la labor por esta ejercida frente a la administración de los aportes del demandante que le generaron unos rendimientos superiores a los mínimos establecidos en la ley y que favorecieron su capital; en cuanto a la indexación, dijo que debe tenerse en cuenta que como ya se ordenó la devolución de los aportes con los rendimientos financieros, los cuales

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00821 01.

Demandante: **VICENTE TORRES MARIÑO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

incluyen los frutos e intereses que se obtuvieron, esta condena es excluyente con la indexación ordenada, además que en el RPMPD también se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración y seguros previsionales conforme lo previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que tales conceptos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ende están sujetos al fenómeno de la prescripción

En el evento en que se condene la sentencia de primer grado, solicitó se aplique la figura de la compensación de tales dineros con los rendimientos financieros que se le generaron al demandante que tuvieron lugar por la buena gestión que tuvo Porvenir S.A.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de abril de 1987 presenta aportes en tal régimen (fl. 7 archivo 02); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 27 de junio de 1996 (fl. 151 archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de

2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 151 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 27 de junio de 1996 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la

CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Torres Mariño se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (27 de junio de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, sin que se esté obligando al fondo privado a allegar documento adicional al formulario de afiliación o se le esté imponiendo carga que no se encontraba vigente al momento del traslado del actor; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las características de los regímenes pensionales ni de las consecuencias de su traslado, pues le indicaron que el ISS se iba a acabar, que los aportes que tenía allí se iban a perder y que Porvenir S.A. podía “rescatar” ese dinero, que lo podía retirar unos años después porque era un ahorro, que en caso de casarse el ahorro se dividiría en dos, no se le dio una proyección de su posible mesada pensional y tampoco se le indicó que tenía otra opción, no se le dijo que en caso de no poderse pensionar se le devolverían los saldos de su cuenta, no le indicaron sobre qué era un bono pensional; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la

sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que el demandante, como consumidor financiero tenía también unos deberes u obligaciones, entre ellos el de asesorarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que el actor se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como

si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00821 01.

Demandante: **VICENTE TORRES MARIÑO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Finalmente, frente a la petición de Colpensiones de permitir una acción judicial en contra de Porvenir S.A. por daños y perjuicios, al ser esta una persona jurídica, puede, a través apoderado judicial, instaurar las acciones judiciales que considere pertinentes para obtener pronunciamiento frente a posibles daños o perjuicios que pueda estar sufriendo.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00821 01.

Demandante: **VICENTE TORRES MARIÑO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

de administración y seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

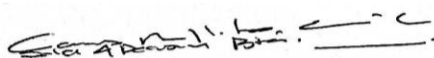
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2014-00430 -05.

Demandante: **DAVID ANTONIO SOLANO CARPIO.**

Demandado: **SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **DAVID ANTONIO SOLANO CARPIO** interpuso contra la providencia que el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 29 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA y OLEODUCTO BICENTENARIO COLOMBIA S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante demandó en solidaridad a las demandadas, a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo; que operó un despido indirecto; y que se retiene indebidamente salarios y prestaciones sociales. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por terminación del contrato por causas imputables al empleador; salarios, primas, vacaciones, bonificaciones, auxilios, subsidios y demás acreencias laborales insolutas; liquidación final de salarios y prestaciones sociales; indexación; y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Comenzó a prestar sus servicios el 12 de septiembre de 2011 como Coordinador de Gestión Social en Yopal-Casanare, a donde se trasladó desde Palestina-Italia; **2)** Devengaba €10.000 más viáticos y gastos de representación; **3)** No se realizó consignación alguna por concepto de salarios aun cuando sí se consignaron viáticos; **4)** Le fue asignado vehículo con conductor; **5)** Laboraba todos los días sin límite de horario, recibiendo órdenes de Claudio Mancastroppa, Francisco Elizondo, y Ricardo Lara; **6)** El beneficiario de sus servicios era el OLEODUCTO BICENTENARIO COLOMBIA S.A.S.; **7)** Desde el inicio de la relación laboral se incumplió con el pago de la remuneración pactada, no fue afiliado a seguridad social integral; **8)** El 20 de mayo de 2013 dio por terminado el contrato de trabajo con ocasión a la falta de pago de su salario, así como solicitó el pago de sus acreencias laborales adeudadas; a lo anterior, no accedió el empleador mediante escrito del 27 de mayo de 2013; **9)** Realizó nueva solicitud el 06 de junio de 2013, citó a su empleador a conciliar, no obstante, esta resultó fallida; y **10)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende, por lo que presentó denuncia contra su empleador, lo que fue archivado por parte de la Fiscalía General de la Nación el 30 de abril de 2014.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

OLEODUCTO BICENTENARIO COLOMBIA S.A.S. (fls. 215 a 225 del archivo A8), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

No aceptó ningún hecho. Expuso que, si bien suscribió un contrato con SICIM COLOMBIA para construir, probar y entregar el oleoducto, no tuvo ninguna participación en la contratación de trabajadores, estos fueron vinculados directamente por tal empresa de forma autónoma e independiente; y que el demandante no realizó labores que estuvieran directamente relacionados con su objeto social, pues se dedica especialmente al transporte de hidrocarburos, así como al diseño y construcción de oleoductos.

Por su parte, **SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA** (fls. 508 a 588 del archivo B1), también se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la falta de afiliación a seguridad social integral, así como que el demandante remitió una carta de renuncia el 20 de mayo de 2013; las solicitudes que elevó el actor pretendiendo el pago de acreencias laborales; y el archivo de la denuncia presentada ante la Fiscalía General de la Nación por el demandante.

Adujo que el demandante únicamente apoyó a la empresa en obras pastorales, espirituales y deportivas que se desarrollaban en ejercicio de su ministerio sacerdotal, sin que existiera ningún tipo de subordinación; que el demandante realizaba sus obras espirituales a través de la tarea “Obras Don David Solano” con lo que se promovía el deporte de los más necesitados en Colombia e Italia; que con la autorización de las directivas de SICIM S.P.A., la que tiene sede en Italia, SICIM COLOMBIA realizó diversos donativos en las obras espirituales del actor en las regiones de construcción del OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA, así como en otras zonas del país; que en dicho periodo el actor siguió efectuando su labor sacerdotal oficiando liturgias religiosas; que el demandante adelantaba toda la logística de su programa UN GOL POR LA VIDA en calidad de director de tal O.N.G.; y que no es dable tomar la autorización de ingreso y salida que se le brindó al demandante dentro de las regiones de construcción del oleoducto, puesto que era una mera facilidad que se le brindaba, por demás que con ello arribaba con el fin de vender mercancía deportiva.

2.2. Llamamiento en Garantía.

OLEODUCTO BICENTENARIO COLOMBIA S.A.S. llamó en garantía a **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, quien a su vez convocó a **LIBERTY SEGUROS S.A.** (fls. 318 a 320 del archivo A8 y 707 a 710 del archivo B1), quienes de igual manera se opusieron a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor (fls. 654 a 659 y 738 a 761 del archivo B1).

Manifestaron que no se encuentran presentes los elementos del contrato de trabajo entre las partes, pues el actor ejecutó sus servicios con plena independencia; que no se presentan los elementos para deprecar solidaridad de SICIM COLOMBIA, pues las labores del actor eran extrañas a las que desarrolla el oleoducto; que la póliza de seguro ampara perjuicios patrimoniales que sufra el oleoducto como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista SIMIC COLOMBIA; y que entre las llamadas se pactó un coaseguro en el que LIBERTY SEGUROS S.A. tiene una participación en el riesgo del 19,80%.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia es dable tener como ciertas las certificaciones expedidas por un empleador sobre temas relacionados sobre el contrato de trabajo, existiendo en cabeza de esta la carga de acreditar, sin que quede asomo de duda, que no es acorde con la realidad; que del acervo probatorio recolectado es dable considerar que las actividades desarrolladas por el demandante eran de tipo altruista y tenía como fin esencial la evangelización y la difusión de la fe católica; que aunado a ello, el servicio del actor estaba dotado de gratuidad, pues según lo informó el mismo demandante en ningún momento recibió un pago por concepto de salario, por demás que no presentó reclamación alguna durante la vigencia de la relación laboral, lo que únicamente se puso de presente con la presunta terminación de dicho nexo; que los pagos efectuados al actor fueron reembolsos de actividades espirituales y deportivas propias de su actividad pastoral, lo que también fue objeto de mención por parte de los testigos comparecientes; que por lo anterior, se está frente a una relación ajena al derecho laboral, lo que impide declarar un contrato de trabajo, siendo insuficiente para tener la existencia de este, que el demandante tuviera ingreso a la empresa, así como tuviera asignado un carnet, pues estos fueron brindados a fin de que este pudiera desarrollar su función pastoral; que la retribución de los coordinadores de gestión social no son equiparables a las que fueron objeto de certificación; que no es dable tener en cuenta las declaraciones extraprocesales, puesto

que estos no comparecieron a juicio pese a que se solicitó su ratificación; y que operó el fenómeno prescriptivo, dado que el proceso se repartió el 02 de julio de 2014, se declaró la nulidad por parte del Tribunal Superior de Bogotá por una causa imputable al demandante, y sólo se admitió la demanda mediante auto del 07 de mayo de 2018, esto es, luego de transcurrido el término de tres años.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** manifestó que señaló que no se alega un trabajo sacerdotal del clérigo respecto de sus superiores sino de unas actividades sociales realizadas por el actor; que se desconoció la presunción del artículo 24 del C.S.T., debiendo la demandada probar en contrario, no obstante, tal circunstancia ya había sido dada por cierta; que la decisión no consulta lo probado dentro del proceso, como quiera que se acreditó que el actor prestó un servicio a la entidad demandada, que el cargo era el de coordinador y que el salario, correspondía a €10'000.000 (sic), luego no se podía tomar unas declaraciones que fueron tachas de sospechosas; que además las declaraciones de los testigos es una confabulación del sector empresarial, estos no podían desmentir a su representante legal cuando en misiva adiada 24 de enero de 2013, dirigida a la embajada de Portugal, categóricamente afirma que David Antonio Solano Carpio prestó sus servicios ante las comunidades del proyecto, actividades que son absolutamente diferentes a prestar unos servicios de carácter espiritual; que no se tuvieron aspectos puntuales para resolver la tacha respecto de los testigos Cristóbal y Francisco, en tanto que el primero de ellos se contradice, puesto que informa que había iniciado labores como Coordinador de Recursos Humanos y que llevaba 17 días, mientras que ante la Fiscalía se alude a 290 días; que el segundo testigo fue claro en afirmar que el actor no le caía bien ni tenía buena relación con él, por lo que había una enemistad que parcializaba su declaración y que lo llevaba a faltar a la verdad, hasta tal punto de contradecir lo afirmado por el representante legal, tan es así que este en carta dirigida a Bancolombia afirmó que el actor era empleado de la empresa; que además eran salario los gastos de alimentación, hospedaje, vehículo y conductor los que se acreditaron en juicio, por demás que al no señalarse que no eran constitutivos de salario lo lógico es que se tengan

como tal, rubro que es irrenunciable; que la actividad del señor Solano Carpio no fue altruista ni exclusivamente religiosa, fue de tipo social, relacionada con la interacción con la comunidad en calidad de interlocutor de la SICIM, empresa que le suministraba todos los elementos deportivos; que frente a los temas religiosos el demandante manifestó que frente a estos nunca cobró; que respecto al aspecto deportivo, había un proyecto presentado a los representantes de la demandada y que fue aceptado por ellos con su silencio, en tanto en ningún momento le dijeron que el proyecto no se iba a realizar; que no es cierto que la demanda daba unas donaciones o ayuda económica, máxime cuando nunca se suscribió un contrato de donación ni se tomaron la molestia de informarle al actor que no estaba vinculado por un contrato de trabajo sino por uno de carácter civil o comercial, por demás que no se configuran los elementos de tal contrato; que el hecho de que las declaraciones extraprocesales no hubieran sido ratificadas, no se puede borrar la cruda realidad de las que estas establecían; que en cuanto a la prescripción se presentó la demanda frente a la empresa que aparecía en Cámara de Comercio, pues es más hasta el día de hoy la sucursal de SICIM tiene abogado y compareció al proceso, y si bien se decretó la nulidad fue hasta la admisión de la demanda, al punto tal que se rehízo el trámite procesal y se notificó en tiempo; que las actividades realizadas por el demandante fueron asignadas con el fin de mitigar el impacto que se genera con las comunidades en relación con la obra del oleoducto, por lo que es una actividad a favor y en beneficio del empleador SICIM de gestión social y, no religiosos; que las afirmaciones realizadas por la declarante Ana Duarte encaminadas a desvirtuar la existencia del contrato de trabajo sólo porque el actor no fue afiliado al sistema general de seguridad social o porque el mismo no hizo un curso de inducción, no son suficientes, pues esas circunstancias lo que demuestran es una falta de responsabilidad de la empresa; que el demandante tuvo que rendir informe sobre su gestión.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 14 de febrero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2014-00430 -05.

Demandante: **DAVID ANTONIO SOLANO CARPIO.**

Demandado: **SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA Y OTRO.**

los apoderados de estas, así como por los llamados en garantía, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Están acreditados los presupuestos legales para tener como empleador del demandante a SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Principio de la Primacía de la Realidad y de las Certificaciones Emitidas por el Empleador.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Del mismo modo, se rememora que las relaciones laborales entre las comunidades religiosas y sus servidores espirituales no es un tema pacífico del que pueda emanar un único criterio aplicable, al contrario, la complejidad con que se desarrollan este tipo de relaciones exige estudiar los elementos y circunstancias que rigen cada caso, con el fin de determinar cuál fue el verdadero sentido y fin con el que el miembro religioso prestó sus servicios.

Al punto, CSJ Rad. 20.852 del 04 de noviembre de 2014, CSJ SL9197-2017, CSJ SL2610-2020, CSJ SL3733-2020 ha señalado que la calidad de miembro de una orden religiosa no determina en modo alguno la descalificación de la capacidad laboral del sacerdote, ni impone entender *per se* que su servicio escapa al ámbito del derecho laboral ni, consiguientemente, que esa calidad lo extrae de otros campos de aplicación de la relación laboral como la remuneración de servicios personales o, aún, de otros más amplios como la misma seguridad social; no obstante, dicha Corporación también ha advertido que para que en estos casos se consolide una verdadera vinculación laboral es necesario que el servicio que presta el integrante religioso “esté guiado por el móvil económico de que trata el artículo

22 del Código Sustantivo del Trabajo y no cimentado en fines altruistas, religiosos o confesionales” que escapan a la órbita del derecho del trabajo.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si aparece acreditado que el móvil era diferente a fines altruistas, religiosos y confesionales y, en suma, se verifica el elemento de la prestación personal del servicio, se debe tener por acreditada la existencia de un contrato de trabajo.

Descendiendo al caso, se encuentra acreditado que el 24 de febrero de 2011 a través de correo electrónicos entre el demandante y SICIM S.P.A. representado por su General Manager, Leonardo Gravina, iniciaron conversaciones, informándose por parte del demandante mediante correo electrónico del 07 de octubre de tal anualidad, que su servicios estarían enfocados a un proyecto de trabajo social con SICIM EN COLOMBIA, bajo los siguientes presupuestos: 1. Ver la realidad de la población: consiste en hacer contacto con alcaldes, parroquias, corregimientos, veredas, para un dialogo inicial, así como visitar a cada comunidad en donde se convoca a una eucaristía, a una tarde de recreación y conocimiento de la comunidad; 2. Programación de las escuelas deportivas o torneos a realizar con los niños, jóvenes y adultos, según la realidad de cada vereda, de corregimiento y de municipio; eventos que ayudaran a unir a las comunidades y promoverlas gracias a SICIM; 3. Recoger la información concreta de las necesidades para analizarlas bien y dar prioridad a las que urgen para el bien de la comunidad, personas o familia en cada vereda, corregimiento o municipio. Asimismo, el actor hace mención que, para las escuelas deportivas, torneos o campeonato se requerirá uniformes, balones, redes en las canchas, árbitros y coordinadores en cada lugar; y que Alejandro Carrillo, asistente, seguirá todo cuando no esté presente (fls. 18 a 21 del archivo A1).

En ejercicio de tal función, el demandante remitió un correo electrónico el 05 de noviembre de 2011 informando acerca de la calidad de los uniformes y de la forma como podrían encontrar una mejor marca por un precio razonable, así como allegó comunicados de prensa de SICIM COLOMBIA donde se destaca donaciones realizadas a la Iglesia Sagrada

Familia y el rol del demandante como director de un programa social con SICIM, actividad mediante la que realizaba recorridos por veredas, corregimientos y municipios impactadas por el proyecto con el oleoducto con el fin de socializar actividades deportivas y sociales que se realizaran con la comunidad a lo largo de la ejecución del proyecto en Casanare; de igual manera, en tales comunicados se hace mención de la intención de SICIM COLOMBIA de mejorar la calidad de vida de sus comunidades vecinas a través de donaciones e inversión social voluntaria, aspecto en el que resaltan la labor desplegada por el demandante como líder del programa social (fls. 23 a 29 del archivo A1).

De igual manera, se observa que, mediante correo electrónico del 28 de noviembre de 2011, se generó un intercambio de conversaciones entre el actor y miembros de la empresa (Francisco, Ricardo Lara), en los que se requería al demandante por la devolución de varios uniformes, el programa de partidos o eventos relacionados con el torneo de fútbol, y que si el señor Alejandro Carrillo se identificaba como Gestor Social de SICIM debía alinearse con los intereses de la empresa y no con los suyos propios (fls. 30 a 35, 42 a 45, del archivo A1). Igualmente, se avizoran diversos correos electrónicos en los que se intercambia comunicaciones frente a la logística de los eventos deportivos y las actividades con la comunidad entre el actor y personal de SICIM COLOMBIA, así como la asignación de una cuenta de nómina – que sólo se buscó derruir luego de terminada la presunta relación laboral- y activación de huellas de ingreso y salida, señalándose que se encontraba vinculado a dicha empresa (fls. 42 a 45, y 47 a 66 del archivo A1, 156 y 157 del archivo A2).

Del mismo modo, obra documental del 11 de abril de 2012 en la que se asigna al demandante vehículo, y en el que se informa que el demandante ostentaba el carro de coordinador de SICIM COLOMBIA, que hacía parte del área de Gestión Social, que su área de trabajo era el proyecto del oleoducto, que su jefe inmediato era Claudio Mancastroppa (fl. 46 del archivo A1); información que además puede avizorarse en las certificaciones del 13 de septiembre de 2012 y 21 de enero de 2023 visible a folios 67 y 68 del archivo A1 con destino a la Embajada de Portugal y de Alemania, y en las que además se señala que el actor estaba contratado mediante contrato a

término indefinido, que laboraba desde el 12 de septiembre de 2011, y que devengaba €10.000.

En ejercicio de tal función se avizora que la empresa suministró al demandante reembolsos de gastos por concepto de alimentación, hospedaje, transporte, eucaristías, peajes, gastos varios, entre otros, (fls.69 a 114 del archivo A1, 163 a 235, y 531 a 615 del archivo A2, 1 a 195 del archivo A3).

En cuanto a las declaraciones extraprocesales de Helber Hernando Novoa Baquero y Manuel Alejandro Carrillo Martínez visible a folios 231 y 232 del archivo A1, la Sala se abstiene de efectuar su valoración, puesto que se solicitó su ratificación y no comparecieron a juicio; recuérdese que CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ SL1133-2019 y CSJ SL4145-2019, por mencionar algunas, ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocesales que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite.

En todo caso, frente a las aludidas certificaciones habrá de señalarse que emitidas por el empleador, que en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida; no obstante, y de conformidad con el acervo probatorio narrado no es dable considerar que se cumplió con tal cometido.

En similar sentido, los testigos **Claudio Mancastroppa, Leonardo Gravina, Ana Beatriz Duarte, Francesco Mainardi, y Cristóbal Gutiérrez Pérez** tampoco resultan lo suficientemente sólidos para que se tengan por desvirtuada dichas certificaciones, pues aunado a que obra más documental que da cuenta de la relación laboral existente entre las partes; se trata de

personal de confianza de la empresa; señalan que la empresa únicamente efectuaba donaciones por los servicios del actor sin que se encuentre un respaldo documental sobre tal premisa, aclarándose que si bien en algunos comprobantes de pago se señalan pagos por “donación obispo David Solano”, “donación pastoral social hato corozal”, “ofrenda misa al obispo”, “donación misa”, “colaboraciones misas”, y “donación parroquia” no es dable establecer fehacientemente que dichas donaciones fuera el pago por la labor que el actor realizaba a nombre del proyecto SICIM COLOMBIA e incluso que no se trate de un reembolso por alguna gestión que realizó el demandante como intermediario, como acontecería en el caso de las donaciones, ofrendas y ofrendas que se efectuaron a nombre de misas o parroquias (fls. 89 a 151 del archivo A2).

Del mismo modo dichos testigos hacen alusión a que el demandante no efectuaba labores de gestor social, sin embargo, se aporta prueba, especialmente, correos electrónicos que dan cuenta del trabajo que ejecutaba con las comunidades y a nombre de SICIM COLOMBIA; se aduce a que el demandante no presentó ningún tipo de proyecto social, pese a que a juicio se allegó un correo donde se da cuenta de tal circunstancia; y se pone de presente que el ingreso a la empresa y la asignación de conductor era para que el actor pudiera desempeñar su labor espiritual, sin embargo, en la documental se deja constancia que era en calidad de Coordinador en el área de Gestión Social.

Especial mención merece el testigo Cristóbal Gutiérrez Pérez, quien si bien informa que firmó la certificación con destino a la Embajada de Alemania por la forma en que le fue presentado el demandante, esto es, como una persona de confianza de la empresa, y que esto lo hizo sin verificar la existencia de una relación laboral con la empresa, no solicitó el aval de esta, y que se dejó llevar por su investidura sacerdotal; ello, no explica porque se suscribió la certificación con destino a la Embajada de Portugal por parte del señor Carlos Julio Páez Ramírez en la que también se plasma la misma información que él consignó, por demás que en declaración extraprocesal de folio 255 del archivo A2, Carlos Julio Barreto Arias señala que desconoce de dónde el actor obtuvo tal certificación y, si bien en documental del folio 270 del archivo A3 se informa a tal embajada que el

actor sólo brindaba servicios ocasionales, no se entiende el porqué de su suscripción.

En cuanto al proyecto un “Gol Por la Vida”, y que el demandante acepta ser su fundador en interrogatorio de parte, no se encuentra prueba fehaciente que permita establecer que las actividades que se realizaron fue en desarrollo de tal obra, pues aunado a la prueba documental aludido donde se verifica que lo que pretendía SICIM COLOMBIA era lograr un acercamiento con las comunidades a través del dialogo, actividades recreativas como torneos deportivos, y obras eucarísticas, también se observa que diversos proyectos que se ejecutaron a nombre de tal obra fueron anteriores a la contratación del actor, es así como existen diversos partidos benéficos que nacieron por iniciativa del demandante tuvieron como fin zanjar diversos conflictos a nivel mundial entre 2001 y 2010; en todo caso, y frente a los partidos de fútbol que se pudieren realizar entre 2011 y 2013, es menester señalar que el ejercicio de tal proyecto no era incompatible con sus funciones de Coordinador de Gestión Social de SICIM COLOMBIA, pues no se encuentra acreditada ningún tipo de cláusula de exclusividad (fls. 78 a 87 del archivo A2).

En tales condiciones, la Sala no tiene certeza que las certificaciones emitidas por la empresa no tengan veracidad o que no haya asumo de duda en cuanto a que la información que contienen sea contraria a la realidad, por el contrario, y como quedo visto estas guardan coherencia con diverso material documental obrantes en el plenario, por lo que, en tal sentido, no es dable considerar que con ellas se faltó a la verdad, máxime si se tiene en cuenta que no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad, tal y como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, considera la Sala que está suficientemente acreditado la prestación del servicio del demandante a favor de SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA, lo que no sólo encuentra sustento en las certificaciones aludidas sino también en diversa prueba documental en donde se hace constar que el accionante ostentaba la calidad de trabajador.

Asimismo, se verifica que el demandante prestó sus servicios con el objeto de obtener un lucro, pues se le asignó un salario y una cuenta de nómina para tal fin.

Por tanto, es dable predicar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y SICIM S.P.A. SUCURSAL COLOMBIA del 12 de septiembre de 2011 al 14 de mayo de 2013; fecha última en la que se estableció en la carta de terminación del contrato de trabajo que surtiría efectos el finiquito contractual (fl.115 del archivo A1).

Prescripción.

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-; tal como lo establece el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con el artículo 489 *ejusdem*, y el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., lo que se interrumpe por el simple reclamo del trabajador sólo una vez por un lapso igual.

Por su parte, el artículo 94 del C.G.P. establece que la presentación de la demanda también interrumpe el término prescriptivo, siempre y cuando se notifique el auto admisorio de la demanda dentro del término de un año. En relación con la interpretación del citado artículo 94 del C.G.P., la CSJ SL1533-2018, ha enseñado que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentarse ciertas circunstancias que no son imputables al demandante y, en consecuencia, no pueden perjudicarlo, de allí, que sea dable tener por interrumpido el fenómeno prescriptivo cuando por exista negligencia del juzgado o la elusión de la demandada.

Sentadas las anteriores premisas, considera la Sala que en el caso sí se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo, pues el término de un año de que trata el artículo 94 del C.G.P. se contabiliza desde la admisión de la demanda, lo que ocurrió hasta el 07 de mayo de 2018 (fls. 102 y 103 del archivo A8); ello, consecuencia de la nulidad declarada por este tribunal

mediante providencia del 14 de septiembre de 2017 (carpeta cuaderno tribunal).

Por tanto, se tenía en principio hasta el 06 de mayo de 2019 para notificar a las demandadas, no obstante, dicha circunstancia se acreditó el 08 y 25 de junio de 2018 (fls. 128 y 141 del archivo A8), por lo que, se efectuó en tiempo, y en consecuencia es dable tener por interrumpida la prescripción con la presentación de demanda, lo que ocurrió el 02 de julio de 2014 (fl.157 del archivo A1).

Conforme a lo dicho, no operó el fenómeno prescriptivo, pues la acreencia laboral más antigua que se pretende, esto es, el salario de septiembre de 2011, salta a la vista que se requirió dentro del término de tres años, pues se demandó en julio de 2014.

Despido Indirecto.

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

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

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

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

Finalmente, es menester señalar que si empleador, frente a la terminación del trabajador, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es a él a quien le corresponde el deber de probarlos (CSJ Rad. 5272 del 22 de abril de 1993 reiterada en la CSJ SL417-2021).

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que en la carta de terminación el demandante manifestó que daba por finalizado el contrato de trabajo ante la ausencia de pagos salariales, prestacionales y vacaciones y, las manifestaciones que había recibido en cuanto a que los proyectos de gestión social los habían clausurado (fl.115 del archivo A1).

Frente a dicha causal de terminación, encuentra la Sala que se está en presencia de una negación indefinida, por lo que debía el empleador acreditar el pago oportuno de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones, no obstante, y contrario a ello, brilla por su ausencia prueba de la que pueda establecerse fehacientemente el reconocimiento de tales emolumentos.

Aunado a lo anterior, en interrogatorio de parte el representante legal de SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA informó que nunca consignó ningún dinero al demandante en su cuenta de nómina, así como

tampoco pagó prestaciones sociales, puesto que no se estaba en presencia de un trabajador; declaraciones con la que es dable establecer que se incurrió en la causal alegada por el demandante, por lo que, hay lugar al reconocimiento de la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T.

De esta manera, y como quiera que se encuentra acreditado un salario de €10.000, se hace menester recordar que según CSJ Rad. 6.043 del 11 de febrero de 1994, se cambió el criterio contenido en CSJ Rad. 2.305 del 07 de diciembre de 1988 que había considerado que conforme lo disponía el artículo 249 del Decreto 444 del 22 de marzo de 1967 “*Sobre Régimen de Cambios Internacionales y Comercio Exterior*”, las obligaciones en divisas extranjeras, incluidas las generadas en obligaciones laborales, debían pagarse en moneda legal colombiana al tipo de cambio vigente el día en que se generen, para aceptar que la opción de pago en moneda nacional o extranjera correspondía exclusivamente al trabajador; criterio que ha sido reiterado en sentencias como la CSJ Rad. 34.274 del 01 de marzo de 2011, CSJ Rad. 34.624 del 30 de abril de 2014, y SL1351-2018.

De esta manera, y como quiera que las pretensiones de la demanda se elevaron en pesos, así como se advirtió en la demanda el valor del salario del actor en pesos. Por tanto y debido a que para el 14 de mayo de 2013 equivalía un euro a \$2.381,33, tenemos que el último salario del actor ascendía a la suma de \$23'813.300, por lo que, por concepto de indemnización por despido indirecto se debe reconocer **\$34'529.285**; suma que deberá pagarse debidamente **indexada** al momento de hacerse efectivo su pago al haber sido objeto de depreciación monetaria.

En este punto, se aclara que en ningún momento se pretendió que se tuviera como salario los rubros que el demandante pudo percibir por concepto de alimentación, vehículo, conductor, por manera que, la Sala únicamente tendrá para efectos de liquidar las acreencias laborales el valor que fuere establecido por el empleador como salario básico, que se itera, es la suma de €10.000 con su correspondiente conversión. Lo que cobra más fuerza si se tiene en cuenta que el juzgador de segunda instancia no puede echar mano de las facultades *ultra* y *extra petita*, puesto que estas facultades

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2014-00430 -05.

Demandante: **DAVID ANTONIO SOLANO CARPIO.**

Demandado: **SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA Y OTRO.**

se reservaron al juzgador de única y de primera instancia (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021).

Salarios, Prima de Servicios, Vacaciones, y Liquidación Final de Prestaciones Sociales.

Al punto, reitera la Sala que el representante legal de SICIM S.P.A. aceptó su falta de pago de acreencias laborales al rendir interrogatorio de parte, por lo que, resulta dable su reconocimiento; no obstante, para tal efecto debe tenerse en cuenta la conversión de cada uno de tales salarios y reconocerlos con base a su equivalente en pesos, por las razones expuestas en precedencia.

Por tanto, por concepto de **salarios** se debe reconocer la suma de **\$479.297.410**, conforme a las siguientes operaciones aritméticas:

Mes	Valor Conversión	Días	Salario en Pesos
Septiembre de 2011	\$2.569,49	19	\$16'273.436,66
Octubre de 2011	\$2.598,60	30	\$25'986.000,00
Noviembre de 2011	\$2.648,12	30	\$26'481.200,00
Diciembre de 2011	\$2.521,92	30	\$25'219.200,00
Enero de 2012	\$2.376,03	30	\$23'760.300,00
Febrero de 2012	\$2.364,83	30	\$23'648.300,00
Marzo de 2012	\$2.386,50	30	\$23'865.000,00
Abril de 2012	\$2.331,04	30	\$23'310.400,00
Mayo de 2012	\$2.260,02	30	\$22'600.200,00
Junio de 2012	\$2.264,75	30	\$22'647.500,00
Julio de 2012	\$2.203,27	30	\$22'032.700,00
Agosto de 2012	\$2.307,35	30	\$23'073.500,00
Septiembre de 2012	\$2.316,37	30	\$23'163.700,00
Octubre de 2012	\$2.371,17	30	\$23'711.700,00
Noviembre de 2012	\$2.364,40	30	\$23'644.000,00
Diciembre de 2012	\$2.331,23	30	\$23'312.300,00
Enero de 2013	\$2.407,00	30	\$24'070.000,00
Febrero de 2013	\$2.374,70	30	\$23'747.000,00
Marzo de 2013	\$2.352,73	30	\$23'527.300,00
Abril de 2013	\$2.411,08	30	\$24'110.800,00
Mayo de 2013	\$2.381,33	14	\$11'112.873,33
Total			\$ 479.297.410,00

En cuanto a las **primas de servicios**, se tiene que por la del segundo semestre de 2011, se debió reconocer la suma de \$9'979.167,15; por las de 2012, \$23'230.800; y por las de 2013, \$8'878.869,78; esto es, **\$42'088.836,93** por lo que, se ordenará el pago de tal rubro.

En lo referente a **vacaciones**, se tiene que estas se causaron por los periodos del 12 de septiembre de 2011 al 11 de septiembre de 2012 y 12 de septiembre de 2012 al 14 de mayo de 2013, los que se deben calcular con

el último salario devengado por el actor según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 189 del C.S.T., por lo que, se debe pagar **\$19'943.638,75**; valor que se debe pagar debidamente **indexado** al momento de hacerse efectivo su pago.

En cuanto a la **liquidación final de prestaciones sociales**, se avizora que ya se encuentran liquidadas las primas de servicios del último año, haciendo falta únicamente las cesantías e intereses a las cesantías, las que equivalen a: 2011, \$9'979.167,15 y \$462.368,08; por las de 2012, \$23'230.800 y \$2'787.696; y por las de 2013, \$8'878.869,78 y \$396.589,52; esto es, **\$42'088.836,93** y **\$3'646.653,60**.

Bonificaciones, Auxilios y Subsidios.

Teniendo en cuenta que no se acreditó la causación de ninguno de los rubros que se aluden ni los conceptos por los que deberían ser objeto de pago, de manera que, no se accederá a tales pedimentos.

Sanción Moratoria e indexación.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a **la sanción moratoria**, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos

conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que no existe duda en la imposición de dicha sanción, puesto que el mismo empleador certificó en dos ocasiones las condiciones laborales en las que vinculó al demandante, así como obra un amplio acervo probatorio documental que da cuenta que su ejecutaba labores como Coordinador de Gestión Social, y que dicha actividad la realizaba con ánimo de lucro.

En tales condiciones no es dable deprecar que se ha actuado de buena fe, por lo que, se impondrá sanción moratoria, la que consistirá en **un salario diario –\$793.776.66-por cada día de retardo desde el 15 de mayo de 2013 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera**, pues se demandó el 02 de julio de 2014, esto es, dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo laboral, 14 de mayo de 2013.

No se ordena **indexación**, puesto que esta condena resultaría incompatible con la sanción moratoria, la que cobija la actualización por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Lo dicho, conforme a CSJ Rad. 35.603 del 01 de febrero de 2011, y CSJ SL4278-2022.

Solidaridad de OLEODUCTO BICENTENARIO COLOMBIA S.A.

Cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante, según lo dispone el artículo 34 del C.S.T. En ese sentido, CSJ SL3014-2019 y CSJ SL3111-2021 ha señalado la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las

cuales según el aludido artículo 34 del C.S.T. no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor.

En el caso, observa la Sala que el objeto social de OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A. es diseñar, construir, ser propietaria, operar, mantener, y explotar el oleoducto de uso privado de Colombia; adelantar estudios de factibilidad técnicos, económicos y jurídicos que sean necesarios; realizar los estudios y diseños y determinar especificaciones técnicas del oleoducto, estaciones de bombeo y almacenamiento; celebrar contratos que tenga como fin la construcción, mantenimiento u operación del oleoducto; celebrar contratos de prestación de los servicios de ingeniería y soporte técnico; prestar servicios de transporte de hidrocarburos; construir descargaderos de hidrocarburos; desarrollar actividades portuarias complementarias con su objeto social; subcontratar el transporte de crudo o actuar como mandatario de remitentes o terceros para contratar dicho transporte; vincular a otras sociedades con un objeto social similar; y desarrollar cualquier actividad que sea similar, conexa o complementaria que permitan desarrollar el comercio o la industria de la sociedad (fls. 106 a 117 del archivo A8).

En tales condiciones, se considera que las actividades desarrolladas por el demandante como Coordinador de Gestión Social eran extrañas o ajenas al objeto principal, pues no se observa que en este se incluyera lo correspondiente a trabajo social con comunidades ni actividades eucarísticas o recreativas, de modo que se ABSOLVERÁ a OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A. de solidaridad deprecada en su contra.

Responsabilidad de las Llamadas en Garantía.

Como quiera que quien llamó en garantía a COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y a LIBERTY SEGUROS S.A. fue OLEODUCTO BICENTENARIO COLOMBIA S.A.S. (fls. 318 a 320 del archivo A8 y 707 a 710 del archivo B1), y no se impuso condena frente a esta último, no hay lugar a establecer que se activó el amparo contenido en la póliza NB 100072789 del 12 de septiembre de 2011, por demás que quien aparece como beneficiario de estas es únicamente OLEODUCTO BICENTENARIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2014-00430 -05.

Demandante: **DAVID ANTONIO SOLANO CARPIO.**

Demandado: **SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA Y OTRO.**

COLOMBIA S.A.S. (fls. 729 a 739 del archivo B1). Por tanto, se absolverá de las pretensiones del llamamiento en garantía.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de SICIM S.P.A. SUCURSAL COLOMBIA.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. DECLARAR la existencia de un contrato a término indefinido entre DAVID ANTONIO SOLANO CARPIO y SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA entre el 12 de septiembre de 2011 y el 14 de mayo de 2013.

B. CONDENAR a SICIM S.P.A CON SUCURSAL EN COLOMBIA a reconocer y pagar a DAVID ANTONIO SOLANO CARPIO, los siguientes conceptos y sumas:

1. Indemnización por despido indirecto, \$34'529.285; valor que se debe reconocer debidamente indexado.
2. Salarios, \$479.297.410.
3. Primas de servicios, \$42'088.836,93.
4. Vacaciones, \$19'943.638,75; valor que se debe reconocer debidamente indexado.
5. Cesantías, \$42'088.836,93.
6. Intereses a las cesantías, \$3'646.653,60.

7. Sanción moratoria, \$793.776.66 por cada día de retardo desde el 15 de mayo de 2013 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

C. ABSOLVER a SICIM S.P.A CON SUCURSAL EN COLOMBIA de las demás pretensiones incoadas en su contra.

D. ABSOLVER a OLEODUCTO BICENTENARIO COLOMBIA S.A.S. de las pretensiones incoadas en su contra, así como a COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y a LIBERTY SEGUROS S.A. de los pedimentos impetrados en el llamamiento en garantía.

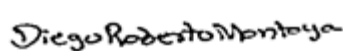
SEGUNDO. –. Costas en ambas instancias a cargo de SICIM S.P.A CON SUCURSAL EN COLOMBIA.

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

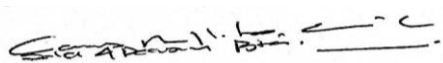
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
(salvo voto)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2014-00430 -05.

Demandante: **DAVID ANTONIO SOLANO CARPIO.**

Demandado: **SICIM S.P.A. CON SUCURSAL EN COLOMBIA Y OTRO.**

AUTO

Se señalan a cargo de SICIM S.P.A CON SUCURSAL EN COLOMBIA como agencias en derecho la suma de \$5'000.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00321-01.

Demandante: **MARIA MERCEDES LAGOS BÁEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta y Uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de mayo de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **MARIA MERCEDES LAGOS BÁEZ** contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A. traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos (fls. 59 a 75 del archivo demanda y anexos).

Demandante: **MARIA MERCEDES LAGOS BÁEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción. Igualmente, la segunda propuso la excepción de compensación (fls. 1 a 49 del archivo 5, y 1 a 180 del archivo 6).

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, María Mercedes Lagos Báez, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 5 de septiembre de 1996.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora María Mercedes Lagos Báez, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir S.A, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

QUINTO. COSTAS Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES manifestó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento, pues que la actora no contaba con una

expectativa legítima, dado a que, para el momento de su traslado contaba con menos de 700 semanas cotizadas en COLPENSIONES y le faltaban más de 20 años para acceder a su pensión; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo cual no puede solicitar su traslado en cualquier momento conforme a lo dispuesto en la sentencia SU- 130 de 2013, y debe someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el que se encuentra afiliada; que en sentencia con radicado 2016087 de 2013, del Tribunal Superior de Pereira se indica que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión que se va a recibir en el R.A.I.S. no constituye prueba de que el traslado sea con ocasión a un engaño información errada por parte del fondo; que no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo; que para el momento del traslado los fondos privados de pensiones sólo tenían la obligación de brindar información de las condiciones al momento del traslado; que lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante, quien además permaneció cotizando en el R.A.I.S. de manera libre y voluntaria

Por su parte, **PORVENIR S.A.** manifestó que no hubo falta de información, pues se acreditó que la demandante sí conocía como funcionaba el sistema general de pensiones; que el principio de ignorancia de las leyes no sirve de excusa, puesto que se presume que promulgada una ley esta es conocida por todos los habitantes del territorio colombiano; que las condiciones del R.A.I.S. y el R.P.M. están establecidas en la Ley 100 de 1993 y por esta razón se presume que todos los habitantes del territorio colombiano la conocen; que en desarrollo del principio de igualdad, la demandante debía conocer la ley, no puede alegarse ahora una falta de información frente a las condiciones del sistema pensional; que PORVENIR S.A. aportó el formulario de afiliación, así acreditó su deber de información conforme a lo exigido para la época del traslado; que el formulario de afiliación fue diligenciado y firmado de manera libre y voluntaria por la actora como lo señaló en interrogatorio de parte; que para el momento del traslado a los fondos privados no se les exigía nada más que el formulario de afiliación para acreditar que estaban cumpliendo con sus obligaciones legales; que no es procedente la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales, dado a que en el régimen de prima media también se destina un porcentaje de la cotización a financiar estos rubros; que se debe

declarar la prescripción de los gastos de administración, ya que, no forman parte integral de la pensión de vejez y, por lo tanto están sujetos a tal fenómeno; y que la Superintendencia Financiera ha expuesto que en casos de ineficacia de traslado, las únicas sumas que se deben trasladar son cotizaciones y rendimientos, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por estas para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1 De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 18 de noviembre de 1994 presenta aportes en tal régimen, según la documental visible en el expediente administrativo obrante en la carpeta 04; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 05 de septiembre de 1996 (fl.12 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta

complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 12 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 05 de septiembre de 1996 con el Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de*

información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Lagos Báez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (5 de septiembre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que los asesores de PORVENIR S.A. le indicaron que podría obtener el reconocimiento de la pensión de vejez de forma anticipada y cuando el afiliado lo determinara, que los montos de la pensión en ambos regímenes pensionales eran asimilables, y que el fondo privado generaba mayores rendimientos; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-

Demandante: **MARIA MERCEDES LAGOS BÁEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de PORVENIR S.A., ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, valores pagados por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de

Demandante: **MARIA MERCEDES LAGOS BÁEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, valores pagados por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00321-01.

Demandante: **MARIA MERCEDES LAGOS BÁEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

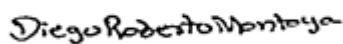
TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

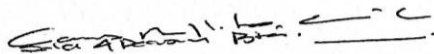
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **EDGAR ALEXANDER AGUIRRE** y la empresa **INCOLBEST SA** interpusieron contra la sentencia que el Juzgado Diez Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 17 de agosto de 2022 en el proceso ordinario laboral que el primero adelanta contra la segunda.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones.

En lo que aquí concierne el actor pretende de la demandada la declaratoria de un contrato de trabajo y que estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas. En consecuencia, se condene al pago de las cotizaciones adicionales por alto riesgo, junto con los intereses y sanciones a que haya lugar y las costas procesales.

Como fundamento relató unos hechos que al efecto se resumen así: trabajó para la demandada desde el 2 de marzo de 1998, desempeñó el cargo de operario en la planta de producción de asbesto, su último salario fue de \$1.440.000 pesos mensuales, durante el tiempo laborado siempre estuvo

expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas como lo es el asbesto y que la demandada no ha realizado los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por aportes de alto riesgo (fl. 38 a 43 *archivo01expedientedigital*).

2.2. Contestación de la demandada

La demandada se opuso a las pretensiones, manifestó que desde 2 de marzo de 1998 el demandante se vinculó con la demanda mediante contrato a término indefinido, que hasta el 16 de enero de 2008 se desempeñó como Operario de plata de fricción y de ahí en adelante como auxiliar del almacén, en donde no manipula asbesto crisotilo, que el contrato se halla vigente y que los pagos a seguridad social los ha hecho de acuerdo con los parámetros fijados en la ley. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y la genérica (*archivo 04contestacióndemanda*).

2.3. Actuación Procesal en Primera Instancia.

Surtido el trámite procesal respectivo, al *a quo* profirió sentencia en el siguiente sentido:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la tacha formulada por la apoderada de la parte demandada en contra del testigo WILSON A. CORREA, conforme con la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: se DECLARA la existencia de una relación entre el señor EDGAR ALEXANDER AGUIRRE BORBON y INCOLBEST S.A, desde el 2 de marzo de 1998 hasta la fecha, conforme a la parte motiva de la providencia.

TERCERO: CONDENAR a INCOLBEST SAS a PAGAR a efectuar el pago de los aportes adicionales de 6 puntos por actividad de alto riesgo a pensión del actor EDGAR ALEXANDER AGUIRRE BORBON por el periodo comprendido entre marzo de 1998 a septiembre de 2003 por la exposición a sustancias cancerígenas, junto con los intereses de mora establecidos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 sobre los salarios reportados como IBC para cada mensualidad en las respectivas anualidades para la cotización ordinaria de pensión según historia laboral de Colpensiones. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NEGAR pago de los aportes adicionales por alto riesgo por exposición a sustancias cancerígenas desde el periodo del 17 de enero de 2008 hasta la fecha, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: PARCIALMENTE PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA, frente al pago los aportes adicionales por alto riesgo por exposición a sustancias cancerígenas desde el periodo del 17 de enero de 2008 hasta la fecha, no probadas las de COBRO DE LO NO DEBIDO, COMPENSACIÓN y NO PROBADAS las de PRESCRIPCIÓN Y BUENA FE, formuladas por la entidad demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas del proceso. TÁSENSE incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000

2.4. De los recursos de apelación.

Inconformes con la decisión, las partes presentaron sendos recursos de apelación, así:

La parte actora indicó que se debe modificar el fallo de primera instancia en el sentido que los aportes se deben pagar desde el 2008 con base en el Decreto 2090 de 2003, ya que el actor desde el 2008 a la fecha estuvo expuesto a sustancias altamente cancerígenas, más cuando la norma no exige un tiempo mínimo de exposición.

Entre tanto, la demandada solicitó que revoque el numeral tercero de la sentencia, pues en su sentir los aportes ordenados en dicho numeral fueron pagados tal como se constata de la prueba documental aportada.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de noviembre de 2022, admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 16 de febrero de 2023 se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por las partes para reafirmar su postura.

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

previsto en el artículo 68 del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello, se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es viable conceder a favor del demandante la cotización al sistema de seguridad social en pensión por actividades de alto riesgo?

Tesis

Se revocará parcialmente la decisión de primera instancia.

3.1. De las actividades de alto riesgo

El Decreto 2090 de 2003, invocado por el demandante como fundamento jurídico de sus pretensiones, define como actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

A su turno, el art. 2 del mencionado Decreto, establece aquellas actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores, entre otras, las siguientes: «1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos. 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional. 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes. 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas». En estos casos, el monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.

Ahora, la Corte Suprema Justicia ha decantado que, en efecto, para ser beneficiario de tales cotizaciones y, por ende, de la pensión especial de vejez por alto riesgo, es necesario que se demuestre que el trabajador efectivamente estuvo expuesto en el ejercicio de sus funciones a sustancias comprobadamente cancerígenas como se planteó en la demanda inicial.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 30 jul. 2014, rad. 43436, reiterada entre otras en CSJ SL11576-2015, CSJ SL683-2020 y CSJ 2070-2020, precisó: *«De conformidad con lo anterior, resulta claro que el Tribunal no exigió alguna prueba solemne para dar cuenta de los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión especial de vejez, sino que infirió que lo requerido en las disposiciones que resultaban aplicables era la verdadera exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas y no el hecho genérico de laborar en una empresa catalogada como de alto riesgo. Esa reflexión, sin duda, no lleva inmersa la reivindicación de alguna prueba solemne, que hubiera desencadenado en un error de derecho, como lo denuncia la censura, sino que se concentra en la interpretación de las normas que regulan la pensión especial de vejez por el ejercicio de actividades de alto riesgo»*.

3.2. Caso concreto

Así, al verificar antes de verificar las pruebas obrantes al proceso, se debe dejar en claro que no fue objeto de discusión que: i) el actor ingresó a laborar a la empresa demandada el 2 de marzo de 1998, mediante contrato de trabajo a término indefinido que a la fecha se encuentra vigente y ii) durante el desarrollo de su contrato ha ocupado varios cargos, así: del 2 de marzo de 1998 al 16 de enero de 2008 como operario de producción en la planta de fricción del complejo físico de Fontibón y desde el 17 de enero de 2008 a la actualidad como auxiliar de almacén también en el complejo físico de Fontibón.

Procede la Sala a verificar las pruebas allegadas por el actor al proceso con el fin de identificar si en el lapso comprendido entre el 17 de enero de 2008 a la fecha estuvo expuesto a sustancias cancerígenas, ya que frente al

periodo anterior no mostró inconformidad en su recurso. Obra a folio 13 del archivo *01expedientedigital*, análisis de puesto de trabajo del actor, realizado por la empresa en el mes de noviembre de 2017 en el que se hace referencia a varios aspectos de salud ocupacional en especial al manejo de cargas y postura en su trabajo, sin ninguna referencia a la exposición de sustancias cancerígenas.

A folio 4 y 5 del mismo archivo, obran certificados laborales emitidos por la pasiva en la que deja constancia que desde el 17 de enero de 2008 a la actualidad el actor se desempeña como auxiliar de almacén, que está clasificado por la ARL como riesgo II y que en dicho cargo realizó funciones como *«recibimiento de material de planta, readaptación laboral empaque nacional y pequeñas referencias Renosa»*.

De los documentos aportados por la pasiva, se evidencia del archivo *04contestaciondemanda.pdf*, imágenes 31 a 36 certificados médicos de control periódico de 24 de enero de 2019, 13 de junio de 2019 y 3 de noviembre de 2016, en los que se constata que el actor presenta un estado de salud óptimo para desempeñar su cargo, pero no hacen referencia a la exposición de sustancias nocivas, así como de la imagen 38 en la que solo la ARL certifica que el actor tiene clase de riesgo 2.

Obran también las mediciones de polvo fibroso realizado por la Fundación para la Protección del Ambiente y la Salud en diferentes periodos por los años de 1999 a 2003 (imágenes 1 a 15 archivo PDF *medicionesincolbest*), no obstante, la Sala se enfocará en aquellas generadas con posterioridad al 2008 por ser el motivo de inconformidad del recurrente. Al respecto, se constata que tales mediciones se hicieron entre los años de 2009 a 2019 en el puesto de trabajo del actor que corresponde a Bodega ATP Zona Norte y ATP Zona de recepción (imágenes 16 a 54 archivo PDF *medicionesincolbest*):

CERTIFICADO DE ENSAYO No. 0923

Evaluación solicitada:

Fibras de crisotilo en el aire ocupacional

CLIENTE

INCOLBESTOS S.A.
SEDE FONTIBÓN
Nit. 860.054.886-0
Av. Calle 17 No. 123B-49
Teléfono: 4132692
Bogotá - Colombia

MUESTREADO Y ELABORADO POR

Kelly Paola Torres P.
Asesor Técnico
Licencia S. O. Res. No. 2730 S.S.

V.B. DIRECTOR DEL LABORATORIO

Jaime Jiménez H.
Ing. Industrial E H & S.

FECHA DE MUESTREO

23.11.09 al 26.11.09

FECHA DE ANÁLISIS

03.11.09 al 09.11.09

FECHA DEL CERTIFICADO DE ENSAYO

14.12.09

DISTRIBUCION DEL INFORME:

Ing. Luis Eduardo Sánchez: Director
División de materiales de fricción

M40	OPERARIO TORRE DE SECADO 0908	0,1	0,078	0,045
M41	OPERARIO RECTIFICADO 1124	0,1	0,078	0,293
M42	OPERARIO MEZCLA 0201	0,1	0,078	0,024
M43	OPERARIO PRENSA DE CURADO 0136	0,1	0,078	0,032
M44	MESA DE LIMPIEZA DE ROLLO	0,1	0,078	0,037
M45	PESAJE - MEZANINE	0,1	0,078	0,008
M46	BODEGA APT ZONA NORTE	0,1	0,078	0,008
M47	RECTIFICADO DE BANDA	0,1	0,078	0,030

CERTIFICADO DE ENSAYO No. 0971

EVALUACIÓN SOLICITADA: FIBRAS DE CRISOTILO EN EL AIRE OCUPACIONAL

CLIENTE INCOLBESTOS S.A.
SEDE FONTIBÓN
Nit. 860.054.866-0
Av. Calle 17 No. 123B-49
Teléfono: 4132692
Bogotá - Colombia

MUESTREADO Y ELABORADO POR Kelly Paola Torres P.
Asesor Técnico
Licencia S. O. Res. No. 2730 S.S

V.B. DIRECTOR DEL LABORATORIO Jaime Jiménez H.
Ing. Industrial E H & S.

FECHA DE MUESTREO 26.07.2010 al 29.07.2010

FECHA DE ANÁLISIS 05.08.2010 al 11.08.2010

FECHA DEL CERTIFICADO DE ENSAYO 19.08.2010

DISTRIBUCION DEL INFORME: Ing. Luis Eduardo Sánchez: Director
División de materiales de fricción

FAS. R 041 – 05

1 de 48

MMU	OPERARIO TORRE DE SECAJOL/VRUB	0,1	0,078	0,038
M41	OPERARIO RECTIFICADO 1124	0,1	0,078	0,077
M42	OPERARIO MEZCLA 0201	0,1	0,078	0,033
M43	OPERARIO PRENSA DE CURADO 0136	0,1	0,078	0,027
M44	MESA DE LIMPIEZA DE ROLLO	0,1	0,078	T
M45	PESAJE - MEZANINE	0,1	0,078	0,036
M46	BODEGA APT ZONA NORTE	0,1	0,078	0,096
M47	RECTIFICADO DE BANDA	0,1	0,078	0,028

CERTIFICADO DE ENSAYO No. 1068

EVALUACIÓN SOLICITADA: FIBRAS DE CRISOTILO EN EL AIRE OCUPACIONAL

CLIENTE: INCOLBEST S.A.
NR. 860.054.866-0
Av. Calle 17 No. 123B-49
Teléfono: 4132692
Bogotá - Colombia

LUGAR DE ENSAYO: Sede Planta FONTIBÓN

MUESTREADO Y ELABORADO POR: Kelly Paola Torres P.
Técnico en Mediciones
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 2730 S. S.

AUTORIZADO POR DIRECTOR DEL LABORATORIO: Ing. Jaime Jiménez H.
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 6978 S. S.

FECHA DE MUESTREO: 19.09.2011 al 21.09.2011

FECHA DE ANÁLISIS: 12.10.2011 al 13.10.2011

FECHA DEL CERTIFICADO DE ENSAYO: 18.10.2011

DISTRIBUCIÓN DEL INFORME: Ing. Luis Eduardo Sánchez:
Director operaciones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00860 -01

Demandante: Edgar Alexander Aguirre Borbón.

Demandado: Incolbest SA.

M42	OPERARIO MEZCLA 0201	0.078	0.030	0.380	BAJO
M43	OPERARIO PRENSA DE CURADO 0138	0.078	0.042	0.533	MEDIO
M44	MESA DE LIMPIEZA DE ROLLO	0.078	-	-	-
M45	PESAJE - MEZANINE	0.078	0.039	0.495	BAJO
M46	BODEGA APT ZONA NORTE	0.078	0.017	0.222	BAJO
M47	RECTIFICADO DE BANDA	0.078	0.025	0.326	BAJO

CERTIFICADO DE ENSAYO No. 10279

EVALUACIÓN SOLICITADA: FIBRAS DE CRISOTILO EN EL AIRE OCUPACIONAL

CLIENTE Y LUGAR DE MUESTREO: INCOLBEST S.A.
NIT: 860.054.886
Planta de producción Fontibón
Avenida Calle 17 No. 123 B - 49
Bogotá D.C - Cundinamarca

MUESTREADO Y ELABORADO POR: Kelly Paola Torres Prada.
Técnico en Mediciones
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 2730 S. S.

AUTORIZADO POR DIRECTOR DEL LABORATORIO: Jaime Jiménez H.
Ingeniero Industrial E: H & S
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 6978 S. S.

FECHA DE MUESTREO: 20 y 21.06.2012

FECHA DE ANÁLISIS: 09 a 12.07.2012

FECHA DEL CERTIFICADO DE ENSAYO: 13.07.2012

44	M44	MESA LIMPIEZA DE ROLLO	0.078	0.063	0.81	2
45	M45	PESAJE - MEZANINE	0.078	0.020	0.25	1
46	M46	BODEGA APT ZONA NORTE	0.078	0.010	0.13	1
47	M47	RECTIFICADO DE BANDA	0.078	0.063	0.80	2
48	M48	LAVANDERIA	0.078	0.042	0.54	2

Fuente: Evaluación de FAS y datos de la EMPRESA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00860 -01
Demandante: Edgar Alexander Aguirre Borbón.
Demandado: Incolbest SA.

CERTIFICADO DE ENSAYO No. 11554

EVALUACIÓN SOLICITADA: FIBRAS DE CRISOTILO EN EL AIRE OCUPACIONAL

CLIENTE Y LUGAR DE MUESTREO: INCOLBEST S.A.
NIT: 860.054.886
Planta de producción Fontibón
Avenida Calle 17 No. 123 B - 49
Bogotá D.C – Cundinamarca

MUESTREADO Y ELABORADO POR: Julio Enrique Ruiz G.
Técnico en Mediciones
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 3500 S. S.

AUTORIZADO POR DIRECTOR DEL LABORATORIO: Jaime Jiménez H.
Ingeniero Industrial E: H & S
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 6978 S. S.

FECHA DE MUESTREO: 10 y 11.12.2013

FECHA DE ANÁLISIS: 16.12.2013

FECHA DEL CERTIFICADO DE ENSAYO: 23.12.2013

43.	M20	OPERARIO PRENSA DE CURADO 0136	0,078	0,018	0,225	1
44.		MESA DE LIMPIEZA DE ROLLO	0,078	T	-	-
45.		PESAJE - MEZANINE	0,078	T	-	-
46.	M44	BODEGA APT ZONA NORTE	0,078	0,012	0,150	1
47.	M23	RECTIFICADO DE BANDA 1147	0,078	0,026	0,338	1
48.	M42	LAVANDERIA	0,078	0,012	0,150	1
49.	M46	ALMACEN HERRAMENTAL FRICCIÓN	0,078	0,015	0,189	1

Fuente: Evaluación de FAS y datos de la EMPRESA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00860 -01
Demandante: Edgar Alexander Aguirre Borbón.
Demandado: Incolbest SA.

CERTIFICADO DE ENSAYO No. 12441

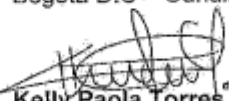
EVALUACIÓN SOLICITADA:

FIBRAS DE CRISOTILO EN EL AIRE OCUPACIONAL

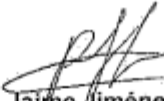
CLIENTE Y LUGAR DE MUESTREO:

INCOLBEST S.A.
NIT: 860.054.886
Planta de producción Fontibón
Avenida Calle 17 No. 123 B - 49
Bogotá D.C – Cundinamarca

MUESTREADO Y ELABORADO POR:


Kelly Paola Torres p.
Técnico en Mediciones
Licencia S.O. Resol No. 2730 S. S.

AUTORIZADO POR DIRECTOR DEL LABORATORIO:


Jaime Jiménez H.
Ingeniero Industrial E: H & S
Licencia S.O. Resol No. 6978 S. S.

FECHA DE MUESTREO:

2014-12-22 y 23

FECHA DE ANÁLISIS:

2015-01-22

FECHA DEL CERTIFICADO DE ENSAYO:

2015-02-02

DISTRIBUCIÓN DEL CERTIFICADO DE ENSAYO:

Ing. Orlando Méndez
Asistente Seguridad Industrial

FAS 041 F - 14

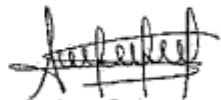
45	PESAJE - MEZANINE	2014-12-23	M45	0.028	0.078	0.364	1
46	BODEGA APT ZONA NORTE	2014-12-23	M46	0.009	0.078	0.081	1
47	RECTIFICADO DE BANDA 1147	2014-12-23	M50	0.032	0.078	0.408	1
48	LAVANDERÍA	2014-12-23	M51	0.018	0.078	0.237	1
49	ALMACÉN HERRAMENTAL FROCCÓN	2014-12-22	M5	0.022	0.078	0.281	1

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00860 -01
Demandante: Edgar Alexander Aguirre Borbón.
Demandado: Incolbest SA.

EVALUACIÓN SOLICITADA: FIBRAS DE ASBESTO

CLIENTE Y LUGAR DE MEDICIÓN: INCOLBEST S.A.
Planta Fontibón
NIT: 860 054 886
Av. Calle 17 # 123B-49
Bogotá - Cundinamarca

ELABORADO POR: 
Kelly Paola Torres P.
Analista
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 2730 S. S.

AUTORIZADO POR: 
Andrea Carmona.
Coordinadora del Laboratorio
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 6035 S. S.

FECHA DE MEDICIÓN: 2015-11-23

FECHA DE ANÁLISIS: 2015-12-14

FECHA DEL INFORME DE ENSAYO: 2015-05-03

En la tabla 2, se presentan los resultados de los puestos de trabajo evaluados.

Tabla 2. Resultados de la evaluación

Nº	PUESTO DE TRABAJO EVALUADO	CONCENTRACIÓN ENCONTRADA f/cm ³	YLP-TWac (48 h/semana) f/cm ³	CATEGORÍA DEL NIVEL DE RIESGO
2015-11-23				
1	Bodega Exportaciones	0,0028	0,078	1
2	APT Remesa	0,025	0,078	1
3	APT Zona de Recepción	0,0031	0,078	1
4	Salida Torre de Impregnación	0,012	0,078	1
5	Cargue Mezclado Pasta y Rollo	0,028	0,078	1
6	Operario Pesaje Pasta y Rollo	0,015	0,078	1

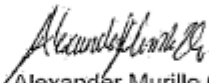
Fuente: Evaluación de FAS y datos de la EMPRESA

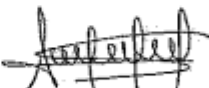
Con base en la Resolución 007 de 02 de noviembre de 2011 del Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, se establecen las siguientes categorías de niveles de riesgo:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00860 -01
Demandante: Edgar Alexander Aguirre Borbón.
Demandado: Incolbest SA.

EVALUACIÓN SOLICITADA: DETERMINACIÓN DE LA
CONCENTRACIÓN DE FIBRAS
INORGÁNICAS EN SUSPENSIÓN EN
EL AIRE MEDIANTE MICROSCOPIA
ÓPTICA DE CONTRASTE DE FASE

CLIENTE Y LUGAR DE MEDICIÓN: INCOLBEST S.A.
Planta Fontibón
NIT: 860 054 886
AV. Calle 17 N° 123 B - 49
Teléfono: 4925050 Ext. 5515
Bogotá – Cundinamarca

ELABORADO POR: 
Alexander Murillo Q.
Analista de Medición
Lic. en S.O. Res. No. 13553 S. S.

AUTORIZADO POR: 
Andrea Carmona C.
Coordinadora Laboratorio
Lic. en S.O. Res. No. 6035 S.S.

FECHA DE MEDICIÓN: 2016 - 06 - 03, 08 a 10
FECHA DE ANÁLISIS: 2016 - 07 - 18
FECHA DEL INFORME DE ENSAYO: 2016 - 07 - 21

DISTRIBUCIÓN DEL INFORME DE ENSAYO: Ing. Lorena Blanco
Ingeniera Líder Medio Ambiente

1	Operario mecanizado cilindros maestros	8:21	0,078	0,003	1
2	Operario ensamble final	8:25	0,076	0,010	1
3	APT Zona recepción	9:26	0,078	0,007	1
4	Bodega exportaciones	9:35	0,078	0,013	1
5	APT Renosa	9:45	0,078	0,009	1
6	Bodega APT final	9:48	0,078	0,011	1
7	Almacén materia prima fricción	10:00	0,078	0,007	1
8	Oficina almacén materia prima	10:06	0,078	0,016	1

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00860 -01
Demandante: Edgar Alexander Aguirre Borbón.
Demandado: Incolbest SA.

MEDICIÓN SOLICITADA: DETERMINACIÓN DE LA
CONCENTRACIÓN DE FIBRAS
INORGÁNICAS EN SUSPENSIÓN EN
EL AIRE MEDIANTE MICROSCOPIA
ÓPTICA DE CONTRASTE DE FASE

CLIENTE Y LUGAR DE MEDICIÓN: INCOLBEST S.A.
Planta Fontibón
NIT: 860 054 886
Av. Calle 17 N°123 B – 49
Teléfono: 4925050 Ext. 5515
Bogotá Cundinamarca

ELABORADO POR: Iván Rodríguez Barrios
Analista de Medición
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 15513 S. S.

AUTORIZADO POR: Andrea Carmona C.
Coordinadora de Laboratorio
Licencia en Salud Ocupacional
Resolución No. 6035 S. S.

FECHA DE MEDICIÓN: 2017-01-24, 25, 27,30 y 2017-02-08
FECHA DE ANÁLISIS: 2017-02-23
FECHA DEL INFORME DE ENSAYO: 2017-02-27

36	Operario Rectificado Rollo WA 1125	Fernando Ruiz OC 78 439 0418	5:31	0,159	48	Horas a la semana	0,078	1
2017-02-24								
36	Oficina Administración Fricción		8:20	0,008	48	Horas a la semana	0,078	1
37	APT Renosa		8:22	0,018	48	Horas a la semana	0,078	1
38	Almacén Materia Prima		8:23	0,006	48	Horas a la semana	0,078	1
39	Oficina Logística Segundo Piso		8:26	0,007	48	Horas a la semana	0,078	1
40	Oficina Gerencia		8:30	0,006	48	Horas a la semana	0,078	1
41	Recepción APT		8:33	0,011	48	Horas a la semana	0,078	1

Fuente: Medición de FAS y datos de la EMPRESA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00860 -01
Demandante: Edgar Alexander Aguirre Borbón.
Demandado: Incolbest SA.

DETERMINACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN DE FIBRAS INORGÁNICAS
EN SUSPENSIÓN EN EL AIRE MEDIANTE MICROSCOPIA
ÓPTICA DE CONTRASTE DE FASE
INFORME DE ENSAYO No. 15411

BOGOTÁ - CUNDINAMARCA
Fecha de medición: 2018-05-15 al 22 y 2018-05-28

49	APT zona recepción	William Hernández C.C. 90 680 549	2018-05-15	8:35	49	Horas a la semana	0,078	0,005
50	APT renosa (estacionaria)		2018-05-22	9:20	49	Horas a la semana	0,1	0,017
51	Bodega APT final (estacionario)		2018-05-22	8:28	49	Horas a la semana	0,1	0,009
52	APT auxiliar picking	Rubén Cortes C.C. 1 056 060 179	2018-05-18	8:38	48	Horas a la semana	0,076	0,068
53	APT empacador	Jhonatan Sánchez C.C. 1 016 040 531	2018-05-18	8:37	48	Horas a la semana	0,076	0,004

CERTIFICACIÓN

La FUNDACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE Y LA SALUD – FAS, certifica que:

Se ha realizado para la empresa INCOLBEST S.A. medición y análisis de fibras inorgánicas bajo los lineamientos del documento técnico (método referencia) descrito en a continuación, para los siguientes ambiente y/o puesto de trabajo:

Ambiente y/o puesto de trabajo	Certificado de ensayo N° 16538 del 07/2019	Certificado de ensayo N° 15411 del 05/2018	Certificado de ensayo N° 14323 del 01/2017	Certificado de ensayo N° 13839 del 06/2016	Certificado de ensayo N° 13724 del 12/2015	Certificado de ensayo N° 12441 del 12/2014	Certificado de ensayo N° 11554 del 12/2013	Certificado de ensayo N° 10279 del 06/2012	Certificado de ensayo N° 1068 del 09/2011	Certificado de ensayo N° 0971 del 07/2010	Certificado de ensayo N° 0923 del 11/2009
	Concentración f/cm³										
Bodega APT Zona Norte	-	-	-	-	-	0,006	0,012	0,010	0,017	0,006	0,008
Bodega Exportaciones	0,008	-	0,019	0,013	0,0028	-	-	-	-	-	-
APT Renosa	-	0,017*	0,018	0,009	0,025	-	-	-	-	-	-
APT Zona de Recepción	0,006	0,005	0,011	0,007	0,0031	-	-	-	-	-	-
Bodega APT Final	0,004	0,009*	-	0,011	-	-	-	-	-	-	-
Auxiliar APT Picking	-	0,066	0,035	-	-	-	-	-	-	-	-
APT Empacador	0,004	0,004	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Información Técnica											
Valor Límite Permissible- VLP (f/cm³)	0,078**	0,078** 0,1*	0,078**	0,078**	0,078**	0,078**	0,078**	0,078**	0,078**	0,078**	0,078**
Acreditación	ONAC	ONAC	ONAC	ONAC	ONAC	SIC	SIC	SIC	SIC	SIC	SIC
Documento técnico (método referencial)	ISO 8672:2014	ISO 8672:2014	ISO 8672:2014	ISO 8672:2014	ISO 8672:2014	ISO 8672:2014	ISO 8672:1993	ISO 8672:1993	ISO 8672:1993	ISO 8672:1993	ISO 8672:1993

** VLP corregido por tiempo de exposición.

ISO 8672. Calidad del aire - Determinación de la concentración numérica de fibras inorgánicas en suspensión en el aire mediante microscopía óptica en contraste de Fase - Método de filtro de membrana.

Así, para el año 2009 en el puesto de trabajo Bodega ATP Zona Norte y ATP Zona recepción donde laboraba el actor se hallan concentraciones por

debajo del 0.1 que van de 0.0748 a 0.008, lo propio para los años de 2010 a 2019, las cuales al estar por debajo de la concentración máxima permitida (0.1), el estudio la cataloga como riesgo bajo. No obstante, como se dijo en el precedente judicial, es necesario que se demuestre que el trabajador efectivamente estuvo expuesto al ejercicio de sus funciones, a sustancias comprobadamente cancerígenas, sin importar el grado de concentración de las mismas.

En otras palabras, lo que se busca es que el trabajador se halle expuesto a este tipo de sustancias (asbesto y crisotilo), independientemente de los porcentajes o medición obtenida en los puestos de trabajo que ha ocupado; pues es apenas lógico entender que si el nivel de concentración sobrepasa tales límites el trabajador no podría desarrollar su labor y la empresa demandada debería detener su producción al convertirse en un ambiente insalubre y peligroso; es así, como la Sala no comparte los argumentos dados por el *a quo*, en el sentido de abstenerse de impartir condena cuando los niveles de exposición al asbesto y el crisotilo son bajos, ya que desconoce que el actor se encuentra efectivamente expuesto, en bajas concentraciones, pero se halla expuesto.

No se debe dejar que las políticas establecidas por los gobiernos internacionales y el nuestro, han propendido por la disminución a mínimos tolerables y la erradicación de este tipo de sustancias, siendo preciso señalar algunas normas que así lo han venido orientando desde el Convenio 162 de la OIT, ratificado por Colombia mediante Ley 436 de 1998, las Recomendaciones 176 y 183 de 1998 de la OIT, el Acuerdo 049 de 1990, Decreto 2090 de 2003, Decreto 2566 de 2009, entre otros, hasta la reciente Ley 1968 de 2019 que tiene como meta su erradicación.

3.3. Del pago de los aportes

Por último, resta por establecer si los argumentos dados por la demandada frente al pago de tales aportes se encuentran soportados. Al respecto se debe nuevamente traer a colación el art. 5 del Decreto 2090 de 2003 que establece: *«el monto de la cotización especial para las actividades*

de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador».

A folio 5 al 12 del archivo *01expedientedigital*, obra historia laboral del actor emitida por Colpensiones el 3 de octubre de 2019 en el que se constata que al actor le fueron sufragadas sus cotizaciones por parte de la demandada desde el 1 de marzo de 1998 al 31 de agosto de 2019 un total 1.083,74 (restando aquellas que no fueron laboradas con la demandada), de las cuales solo 214,28 fueron pagadas con tarifa de alto riesgo, tal como se evidencia en la nota marginal del documento

860054886	INCOLBEST S A	01/02/2019	28/02/2019	\$1.461.980	4,29	0,00	0,00	4,29
860054886	INCOLBEST S A	01/03/2019	31/03/2019	\$1.482.201	4,29	0,00	0,00	4,29
860054886	INCOLBEST S A	01/04/2019	30/04/2019	\$1.661.836	4,29	0,00	0,00	4,29
860054886	INCOLBEST S A	01/05/2019	31/05/2019	\$1.563.133	4,29	0,00	0,00	4,29
860054886	INCOLBEST S A	01/06/2019	30/06/2019	\$1.470.271	4,29	0,00	0,00	4,29
860054886	INCOLBEST S A	01/07/2019	31/07/2019	\$1.418.477	4,29	0,00	0,00	4,29
860054886	INCOLBEST S A	01/08/2019	31/08/2019	\$1.555.445	4,29	0,00	0,00	4,29
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								1.410,00
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO (INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):								214,28

RESUMEN DE TIEMPOS PÚBLICOS NO COTIZADOS A COLPENSIONES

El siguiente resumen INFORMATIVO refleja los periodos laborados en el sector público y no cotizados al ISS hoy Colpensiones.

Por ello, y a pesar de que la pasiva allegó recibos de pago tal como se evidencia en las imágenes 40 a 92 del archivo *04contestacióndemanda*, lo cierto es que no se ven reflejados en la historia laboral consolidada del actor. En consecuencia, esta Sala habrá de revocar parcialmente la decisión del *a quo* y, en su lugar, ordenar a la demandada para que realice las cotizaciones por alto riesgo a favor del demandante desde el 1 de marzo de 1988 hasta la fecha esta sentencia y en adelante, mientras el actor siga laborando en la empresa demandada. Para tal efecto, y en vista de que se reportó algunas semanas con esa cotización, al momento de dar cumplimiento al presente fallo, Colpensiones establecerá con claridad las semanas cubiertas y aquellas que hagan falta para que el empleador se allane a su cumplimiento.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Se confirmarán las costas de primera instancia. En esta instancia no se impondrán costas.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia para en su lugar CONDENAR a empresa demandada INCOLBEST SAS a PAGAR a efectuar el pago de los aportes adicionales de 6 puntos por actividad de alto riesgo a pensión del actor EDGAR ALEXANDER AGUIRRE BORBON por el periodo comprendido entre el mes de marzo de 1998 hasta la fecha esta sentencia y en adelante mientras el actor siga laborando en la empresa demandada, por la exposición a sustancias cancerígenas, junto con los intereses de mora establecidos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 sobre los salarios reportados como IBC para cada mensualidad en las respectivas anualidades para la cotización ordinaria de pensión según historia laboral de Colpensiones. Para tal efecto, al momento de dar cumplimiento al presente fallo, Colpensiones establecerá con claridad las semanas cubiertas y aquellas que hagan falta para que el empleador se allane a su cumplimiento, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – REVOCAR los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia.

TERCERO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia atacada.

CUARTO. Sin costas en esta instancia.

Esta providencia se notificará por ESTADO VIRTUAL elaborado por la Secretaría de esta Sala.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00860 -01
Demandante: Edgar Alexander Aguirre Borbón.
Demandado: Incolbest SA.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00609 01.

Demandante: **MARTA CECILIA NIETO PABÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de julio de 2022, en proceso ordinario laboral que **MARTA CECILIA NIETO PABÓN** adelanta contra PROTECCIÓN S.A. y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del traslado de régimen por ella efectuada el 1° de junio de 1996 del ISS – hoy Colpensiones, a la AFP ING – hoy Protección S.A. y como consecuencia de ello se ordene a la mentada AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora y a esta última a recibir dichos dineros y actualizar y corregir la historia laboral de la actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00609 01.

Demandante: **MARTA CECILIA NIETO PABÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Fls. 105 a 116 Archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 137 a 206 archivo 01), también presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

De otro lado, **SKANDIA S.A.** (fls. 227 a 248 archivo 01), indicó que no se oponía ni allanaba a las pretensiones al estar dirigidas contra una persona jurídica distinta y en su defensa propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Fls. 276 a Archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante señora MARTA CECILIA NIETO PABON, a la administradora COLMENA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy SOCIEDAD AMINISTRAORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 01/06/1996, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por ende los subsiguientes traslados que hizo la demandante a ING PENSIONES Y CESANTIAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Demandante: **MARTA CECILIA NIETO PABÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir y restablecer afiliación del demandante señor MARTA CECILIA NIETO PABON al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, administradora del Régimen e Prima Media, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTA CECILIA NIETO PABON, como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución incluyendo los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado debidamente indexados con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, conforme a la parte motiva de la providencia.

CUARTO: CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a devolver todos los valores que hubiere descontado con motivo de la afiliación de la señora MARTA CECILIA NIETO PABON, por gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado, debidamente indexados con los documentos correspondientes, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, conforme a la parte motiva de la providencia.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE

PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, así mismo, Condenar a Colpensiones a que debe imputar en la historia laboral de la demandante MARTA CECILIA NIETO PABON las semanas cotizadas en el RAIS, para efectos pensionales, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas y las llamadas en el Litisconsorte Necesario, de conforme a lo expuesto a la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas y las llamadas en el Litisconsorte Necesario, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho a cargo de ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. la suma de \$ 1.000.000, y a cargo de COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S. A., por concepto de Agencias en Derecho a cargo de cada una la suma de \$ 250.000

OCTAVO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que no existe razón para ordenar la devolución de los gastos de administración, seguro previsional y fondo de garantía mínima, teniendo en cuenta que estos dineros también se descuentan en el régimen de prima media atendiendo lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que los mismos no le pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes y tampoco están llamados a financiar la prestación de la pensión de vejez, además, dijo, la demandante siempre estuvo cobijada por la aseguradora mientras estuvo vigente su afiliación con esta AFP.

Señaló que la devolución de estos dineros va a generar un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, en la medida que no hay una norma legal ni constitucional que disponga su devolución, máxime cuando el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 indica cuáles son los valores a retornar al declarar la ineficacia.

Finalmente, precisó que con la indexación ordenada se genera una doble condena como quiera que esta AFP ya devolvió los rendimientos indexados al momento en que se generó el traslado de fondo y los rendimientos financieros exceden de los mínimos establecidos en la ley.

Por su parte, **SKANDIA S.A.**, manifestó que ese fondo no fue el que realizó el traslado inicial de régimen de la demandante y tampoco cuenta actualmente con los recursos de esta, habiendo actuado siempre de buena fe, cumpliendo con las obligaciones que estaban a su cargo.

Indicó que la solicitud de la actora no es procedente pues la misma se encuentra cerca de cumplir con los requisitos para obtener la prestación de vejez y que del interrogatorio de parte rendido se concluye que la necesidad de retornar al RPM obedece a razones económicas frente a la expectativa de la mesada pensional, lo que no resulta ser un argumento para declarar la ineficacia del traslado y que al momento de la suscripción del formulario de afiliación, ella aceptó las condiciones, características y requisitos del

régimen de ahorro individual con solidaridad, así como suscribió los traslados posteriores a las AFP del RAIS.

Expuso que la solicitud de nulidad o ineficacia se encuentra prescrita, pues no estamos en presencia de un derecho pensional, pues una cosa es la consolidación del derecho y otra es la ineficacia o nulidad del acto de afiliación.

Señaló que no es procedente la devolución de la comisión de administración, las primas de seguros previsionales y las sumas del fondo de garantía de pensión mínima, pues las primeras no son de la afiliada sino de la AFP al ser una retribución a la gestión desarrollada que generó rentabilidad, se descuenta tanto en el RAIS como en el RPM y se genera un enriquecimiento sin justa causa y pago de lo no debido a favor de Colpensiones; las primas no se encuentran en poder de esa AFP sino de la compañía aseguradora que se contrató para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte, la destinación de estas sumas ya cumplió su objetivo y ya se extinguieron, así como las sumas del fondo de garantía de pensión mínima.

Concluyó indicando que la indexación ordenada no es viable, puesto que dentro de los rendimientos que se ordenó devolver a Protección S.A. se encuentran también aquellos rendimientos generados por Skandia S.A. durante el tiempo de afiliación de la demandante, con lo que se compensa cualquier depreciación del poder adquisitivo de la moneda que se pudiera haber generado en el capital de la afiliada, resultando esta una doble condena para esa AFP quien en su momento trasladó todos los rendimientos generados.

Finalmente, **COLPENSIONES** manifestó que, el traslado efectuado por la demandante al RAIS tiene plena validez, que con su interrogatorio de parte y las documentales allegadas a expediente se demuestra que dicho traslado se realizó de manera libre y voluntaria y que el asesor del fondo privado le suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que conllevaría su traslado, las ventajas y desventajas del mismo, sin que se presente ningún vicio en el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00609 01.

Demandante: **MARTA CECILIA NIETO PABÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

consentimiento, máxime cuando se respetó su derecho de afiliación al suscribir el formulario con el RAIS.

Finalmente, indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado por edad establecida en la Ley 100 de 1993, pues se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir la prestación pensional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A. y los posteriores realizados a las AFP del RAIS?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 16 de septiembre de 1981 presenta aportes en tal régimen (fl. 10 archivo 01 y carpeta 04); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 21 de octubre de 1999 (fl. 292 archivo 01) y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: 1) a Skandia S.A. el 19 de diciembre de 2007 (fl. 238 archivo 01) y luego 2) a Protección S.A. el 26 de febrero del 2010 (fl. 164 y 209 archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de

afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 292 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 21 de octubre de 1999 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario*

al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Nieto Pabón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (21 de octubre de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las características de los regímenes pensionales ni de las consecuencias de su traslado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Skandia S.A. en su

recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones y Skandia S.A. referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional

deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional, como erradamente lo señala Skandia S.A. al momento de sustentar su recurso.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos allí referidos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Por las mismas razones, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** para ADICIONAR que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos allí referidos a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00609 01.

Demandante: **MARTA CECILIA NIETO PABÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos allí referidos a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. –. **MODIFICAR el numeral cuarto** para **ADICIONAR** que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos allí referidos a cargo de **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00609 01.

Demandante: **MARTA CECILIA NIETO PABÓN.**

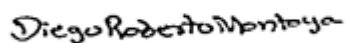
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

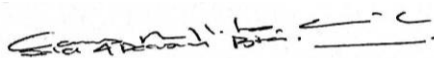
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2020-00126 -01.

Demandante: **NOHORA MARTHA SUÁREZ ARISTIZABAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

AUTO

NO ACEPTAR la renuncia de poder elevada el 30 de mayo de 2023 por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con la C.C. 1.037.639.320 de Envigado y T.P. 288.820 del C.S. de la j. como apoderada de COLPENSIONES, como quiera que no allegó comunicación enviada a su poderdante en la que pusiere en conocimiento la renuncia al mandato concedido, conforme a lo preceptuado en el artículo 76 del C.G.P.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 25 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **NOHORA MARTHA SUÁREZ ARISTIZABAL** adelanta contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES, que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES todos los valores existentes en su cuenta de ahorro individual con sus frutos e intereses, así como los gastos de administración.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** (archivos 03 y 04) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.2. Integración COLFONDOS S.A.

Mediante auto del 09 de noviembre de 2021 se integró a juicio en calidad de litisconsorte necesario a COLFONDOS S.A. (archivo 05), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación (archivo 07).

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la actora del régimen de prima media con prestación definida administrada por el I.S.S. hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 25 de agosto de 1994.

SEGUNDO. - DECLARAR válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

Demandante: **NOHORA MARTHA SUÁREZ ARISTIZABAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

TERCERO. - CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados.

CUARTO. - CONDENAR a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones, y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a aquella y a DAVIVIR debidamente indexados.

QUINTO. - CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO. - DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO. - CONDENAR en costas de esta instancia a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 para cada una.

4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES señaló que la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 que le impide retornar al R.A.I.S., puesto que está a menos de diez años de cumplir su edad; que no es dable imponer costas, puesto que ha actuado de buena fe y siguiendo el anterior lineamiento legal; y que la demandante tenía conocimiento de las implicaciones de su régimen, además que se encuentra inactiva, por lo que no hay fidelidad al sistema pensional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella

persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de mayo de 1992 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 74 a 78 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR hoy PROTECCIÓN el 25 de agosto de 1994 (fl.96 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 96 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25 de agosto de 1994 con el Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Suárez Aristizabal se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (25 de agosto de 1994) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya

que únicamente indicó que el Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR le informó que podía realizar los aportes que deseara, que podría acceder a 14 mesadas, y que tenía conocimiento que el I.S.S. podría quebrar; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Aunado a ello, la falta de cotizaciones al sistema por parte de la demandante con ocasión de su viaje a Estados Unidos desde 2008, tampoco suple el deber primigenio que le asistía al fondo privado de cumplir con el deber de información, pues es por tal motivo que resulta procedente la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a COLFONDOS S.A. el 19 de enero de 2000 y a PROTECCIÓN S.A. el 06 de septiembre de 2002 (fls.58 del archivo 4 y 93 del archivo 07), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía el Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., de haberle brindado en el año 1994 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como

si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, comisiones, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración debidamente indexadas, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A., debe devolver además de las sumas descontadas por comisiones, gastos de administración, y seguros previsionales, **los valores pagados para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de COLPENSIONES, se considera que es dable que tal entidad asuma tal carga.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **NOHORA MARTHA SUÁREZ ARISTIZABAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, comisiones, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración debidamente indexadas, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

ADICIONAR el aludido numeral en el sentido de establecer que **COLFONDOS S.A.**, debe devolver además de las sumas descontadas por comisiones, gastos de administración, comisiones, y seguros previsionales, **los valores pagados para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2020-00126 -01.

Demandante: **NOHORA MARTHA SUÁREZ ARISTIZABAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

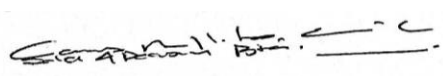
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00298 01.

Demandante: **JAIRO ARTURO VALDÉS CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **JAIRO ARTURO VALDÉS CALDERÓN** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y las recurrentes**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado el 04 de marzo de 1996 a través de la AFP Colfondos S.A., así como las posteriores realizadas a Porvenir S.A. y Protección S.A. y como consecuencia de ello se les ordene a las demandadas reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado al régimen de prima media.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00298 01.

Demandante: **JAIRO ARTURO VALDÉS CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a las AFP demandadas a devolver a Colpensiones los aportes a pensión efectuados por el demandante, así como la indexación, y a esta última a recibir al actor y tenerlo como su afiliado.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (Archivo 007), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivo 008), también se opuso a las pretensiones de la acción, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

De otro lado, **COLFONDOS S.A.** (Archivo 011), presentó oposición a las pretensiones de la demanda contra esta dirigidas y en su defensa propuso, entre otras, la excepción de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 012), también presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

La a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Demandante: **JAIRO ARTURO VALDÉS CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor JAIRO ARTURO VALDES CALDERON identificado con C.C. No 79.151.856 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. el 04 de marzo de 1996, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado el señor JAIRO ARTURO VALDES CALDERON al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JAIRO ARTURO VALDES CALDERON tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliado a estas debidamente indexados.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación señor JAIRO ARTURO VALDES CALDERON al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que la vinculación que tuvo el demandante con las diferentes administradoras fue válida, eficaz y libre, ya que para las fechas en que se realizaron esos traslados se cumplió con el deber de información, por lo que el actor ejerció su derecho de libre elección decidiendo pertenecer al RAIS.

Manifestó que con el formulario de afiliación y con el interrogatorio de parte rendido por el demandante se demostró el cumplimiento del deber de información en los diferentes traslados que efectuó el accionante, hecho que

es importante porque el accinante ratificó su primera decisión con los traslados que efectuó con posterioridad, con las cotizaciones realizadas al sistema, los aportes voluntarios que efectuó y con el hecho que no mostró ninguna inconformidad a las administradoras, referente a la información que se otorgó y solamente la demuestra más de 20 años después, por lo que exigirle a las AFP otro tipo de documento o prueba diferentes resulta en un imposible jurídico cuando solo se cuenta con el formulario de afiliación.

Expuso que no puede perderse de vista la reasesoría que se le dio al actor por parte de Protección S.A., luego de la cual confirmó su decisión se seguir en el RAIS.

En caso de que se confirme la decisión, solicitó se le absuelva de la condena a devolver los gastos de administración y sumas de la aseguradora, pues esas deducciones se hicieron amparada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, aunado a que Porvenir S.A. hizo una correcta administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, generó los correspondientes rendimientos, dineros que fueron trasladados a Protección S.A. y respecto de las sumas de invalidez y sobrevivencia, se tiene que el demandante tuvo una cobertura frente a estas contingencias y las mismas fueron trasladadas a la respectiva aseguradora por lo que no deben retornar al RPM, máxime cuando estos conceptos no están destinados al financiamiento de la pensión.

Por su parte, **COLPENSIONES** manifestó que el demandante ha realizado aportes al RAIS y se ha beneficiado de este de manera tributaria, pues ha realizado aportes voluntarios por más de 15 años.

Precisó que en este caso existe una reasesoría que la AFP brindó al actor en el año en que cumplía la prohibición de trasladarse, sin embargo, ratificó el consentimiento esgrimido inicialmente en el año 1996 y decidió continuar en el RAIS, sin manifestar requerimiento verbal o telefónico.

Expuso que aceptar la ineficacia de los afiliados que se encuentran inmersos en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, conforme a lo indicado en la sentencia SU 063 de 2010, atenta contra la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00298 01.

Demandante: **JAIRO ARTURO VALDÉS CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

sostenibilidad financiera del sistema y contribuye a la descapitalización del fondo común.

Señaló que la inconformidad en este proceso es el monto de la mesada pensional, la cual no es calculada o liquidada ni por Colpensiones ni por los fondos privados, pues esta se atiene a la normatividad vigente.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas al ser un tercero de buena fe.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a COLFONDOS S.A. y los posteriores realizados a las AFP del RAIS?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 16 de junio de 1979 presenta aportes en tal régimen (fl. 184 archivo 01 y fl. 37 archivo 08); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 04 de marzo de 1996 (fl. 190 archivo 01 y fl. 20 archivo 011) y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: 1) a PORVENIR S.A. el 05 de marzo de 1998 (fl. 191 archivo 01 y fl. 32 archivo 07) y luego 2) a Protección S.A. el 01 de julio del 2002 (fl. 193 archivo 01 y fl. 24 archivo 012).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones

ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 190 del archivo 01 y folio 20 del archivo 011, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 04 de marzo de 1996 con la AFP COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto,

se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Valdés Calderón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (04 de marzo de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las características de los regímenes pensionales ni de las consecuencias de su traslado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por las recurrentes en sus recursos, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

De otro lado, debe decirse que, conforme las consideraciones jurisprudenciales aquí expuestas, con la re-asesoría brindada por Protección S.A. el 01 de julio de 2002, tampoco se logran los efectos anhelados con la apelación, pues la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que el accionante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como

si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos allí referidos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Por las mismas razones, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** para ADICIONAR que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos allí referidos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00298 01.

Demandante: **JAIRO ARTURO VALDÉS CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Finalmente, frente a las costas impuestas a Colpensiones, estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos allí referidos a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** para ADICIONAR que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00298 01.

Demandante: **JAIRO ARTURO VALDÉS CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

allí referidos a cargo de **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

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

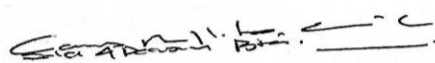
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2019 00687 01.

Demandante: **ROMULO OROZCO CIFUENTES.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, de la providencia que profirió el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de abril de 2022, en proceso ordinario laboral que **RÓMULO OROZCO CIFUENTES** adelanta contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende el reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo, con su correspondiente retroactivo a partir de diciembre de 1998, la indexación de dichas sumas, así como el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

1) Hace vida marital con María Yolanda Villa de Orozco desde el 24/12/1969 y su convivencia no ha tenido interrupción alguna; **2)** Mediante Resolución No. 06557 del 30/11/1998 el ISS, hoy Colpensiones, le reconoció una pensión de vejez a partir del 01/12/1998; **3)** Su esposa depende económicamente de él y no recibe pensión, salarios, rentas o subsidios; **4)**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2019 00687 01.

Demandante: **ROMULO OROZCO CIFUENTES.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

El 22 de abril del 2019 radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo, petición que fue negada mediante Resolución SUB 186888 del 17 de julio del 2019.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** allegó contestación (fls. 98 a 119 archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentado las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** (fls. 7 a 35 archivo 06), allegó informe y solicitó negar las pretensiones de la acción, toda vez que la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-140 de 2019, determinó que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que dicha norma no produce efectos frente a personas que hayan adquirido el derecho a la pensión, con posterioridad a la vigencia de dicha ley.

3. Providencia Recurrída.

La **a quo** dictó sentencia absolutoria.

Para sustentar su decisión indicó manifestó que, atendiendo el respeto al precedente judicial, acoge la postura expuesta por la H. Corte Constitucional en SU 140 de 2019, la cual concluyó que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, esto es desde el 1° de abril de 1994, de manera que solo tienen derecho a ellos las personas que antes de su entrada en vigencia, ya hubieren adquirido o causado el derecho a la pensión.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, se estudiará la consulta a favor del demandante.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Se encuentran vigentes los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De los incrementos pensionales por personas a cargo.

Inicialmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia estableció, en múltiples pronunciamientos, la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, señalando que, pese a no haber sido incluidos de manera expresa en el actual régimen pensional, se entendía que conservaban vigor frente a quienes se les

reconoció la prestación pensional al amparo del Decreto 758 de 1998, bien sea directamente o en aplicación del régimen de transición.

Al punto, en sentencia CSJ¹ SL 4051 de 2018 radicación 60955 M.P. Dra. Ana María Muñoz Segura, la mentada Corporación, expuso:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de ésta (...)”

Postura que mantuvo en sentencia CSJ² SL 809 del 2020 radicado 68868 M.P. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en la que señaló:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345.”

¹ Sala de Descongestión No. 4

² Sala de Descongestión No. 1

Criterio que se mantuvo invariable, hasta la sentencia CSJ SL 2061 del 2021 radicado 84054, proferida por la Sala de Casación Laboral M.P. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, en donde la Sala permanente expuso:

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

[...]

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

[...]

7. Conclusiones

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

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

Puestas de este modo las cosas, esta Sala acoge la interpretación de la Sala permanente del máximo órgano de cierre de la especialidad laboral,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2019 00687 01.

Demandante: **ROMULO OROZCO CIFUENTES.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

la cual se acompasa con la sostenida por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, frente a los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en el Acuerdo 049 de 1990, que señala que los mismos no se encuentran vigentes a partir de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por lo que sólo tendrán derecho estos, quienes adquirieron el derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley 100, esto es antes del 1° de abril de 1994.

Así las cosas, descendiendo al caso concreto, se tiene que mediante Resolución No. 006557 de 1998 (fls. 7 archivo 01), el ISS reconoció al demandante una pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 1998 por valor de \$203.826 pesos conforme lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en aplicación al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con lo que claro resulta que, para su caso, los incrementos pensionales no se encuentran vigentes al haber causado su derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia consultada, pero por las razones aquí expuestas.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia consultada, por las razones aquí expuestas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2019 00687 01.

Demandante: **ROMULO OROZCO CIFUENTES.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

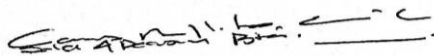
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2019 00713 01.

Demandante: **LUZ GEORGINA ÁVILA CHÁVES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. AUTO

ACEPTAR la renuncia presentada por el doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán, como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme la comunicación allegada al plenario.

II. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A., y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2022, en proceso ordinario laboral que **LUZ GEORGINA ÁVILA CHÁVES** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. y las recurrentes**.

III. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia de su afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de la AFP Protección S.A. y como consecuencia de ello ordenar su traslado a Colpensiones; así

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2019 00713 01.

Demandante: **LUZ GEORGINA ÁVILA CHÁVES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

mismo, ordenar a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración o cualquier otro.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (fls. 421 a 482 archivo 01), presentó oposición a las pretensiones de la acción, así como excepciones de mérito, entre las que propuso la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Carpeta 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Archivo 03), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante Señora **LUZ GEORGINA AVILA CHAVES**, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por LA A.F.P. **PROTECCION S.A.**

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**

SEGUNDO. - ORDENAR a la AFP **PORVENIR S.A.**, donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a **COLPENSIONES**, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Debiendo igualmente la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, donde estuvo vinculada, devolver a **COLPENSIONES** los valores que cobro a título de cuotas de administración.

TERCERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO. - CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense.

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que, no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la declaratoria de la ineficacia del acto jurídico por el cual la demandante se trasladó de régimen pensional, que esa AFP no fue la que realizó el traslado de régimen de la demandante al RAIS, pese a lo cual este se hizo de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

Expuso que, en el momento en que la demandante efectuó el traslado horizontal con Porvenir S.A., esta le informó de manera clara, oportuna y veraz las características, condiciones y requisitos y funcionalidades del régimen conforme a la normatividad vigente para la fecha del traslado y aclaró que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado horizontal con esta AFP tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito.

Manifestó que, no resulta “coherente” que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, pues la consecuencia de la aplicación de dicha figura es declarar que el negocio jurídico no se celebró jamás y en este sentido se tendría que los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante por parte de esa AFP tampoco se generaron, así mismo cabe advertir que los rendimientos financieros al ser privativos del RAIS pondrían a la demandante en una condición diferente a la que se encontraría de pertenecer al RPM dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional en contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio, adicionalmente, expuso que dichos montos tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso ha cumplido plenamente su cometido durante el periodo que la demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS y con Porvenir S.A. de tal suerte que estas sumas han sido previamente invertidas en la forma exigida en por ley y no se encuentran en poder de esa AFP pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la accionante.

Finalmente, frente a las agencias en derecho, indicó que al desestimarse la ineficacia del traslado de régimen, también deberá desestimarse la condena en costas.

De otro lado, **COLPENSIONES**, señaló que en la sentencia de primera instancia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y las AFP demandadas, además, todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que Colpensiones no puede ser ni favorecida ni perjudicada, pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por la demandante.

Indicó que con la decisión de ordenar a Colpensiones tener a la demandante como su afiliada, se afecta el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensión, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, pues debe tenerse en cuenta el impacto en el IPB y en la reserva pensional.

Adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen pensional.

Señaló que, cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado hay lugar a reintegrar la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual, así como las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Solicitó que, en caso de confirmarse la sentencia apelada, se condene a la AFP que incumplió su deber de información a pagar a Colpensiones todos los perjuicios económicos que la condena genera para esta entidad, en virtud de la teoría del daño.

Finalmente, pidió reconsiderar la condena en costas teniendo en cuenta que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico y este tipo de condenas afecta la estabilidad financiera del sistema.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A. y aquel horizontal realizado a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 13 de marzo de 1985 presenta aportes en tal régimen (fl. 13 archivo 01 y fl. carpeta 03); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 12 de mayo de 1995 (fl. 19 y 436 archivo 01) y luego efectuó un traslado entre AFP del RAIS a PORVENIR S.A., el 24 de febrero de 2014 (fl. 33 archivo 03).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 19 y 436 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 12 de mayo de 1995 con la AFP PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*, lo que, por las mismas razones, tampoco se acredita con el formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A. el 24 de febrero del 2014 (fl. 33 archivo 03).

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Ávila Chávez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (12 de mayo de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, memorando que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo afirma Colpensiones en su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que

las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Ahora bien, frente a lo argüido por Colpensiones respecto del principio de la relatividad jurídica, ha de señalarse que este es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la Protección S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

² Ibídem.

Respecto de la solicitud del citado apelante de ordenarle a las AFP demandadas, pagar los perjuicios que presuntamente le ocasionó, ha de indicarse que si bien, por lo narrado en antecedencia dicha pretensión resultaría viable de ser resuelta por la jurisdicción, lo cierto es que los mismos no fueron solicitados en la contestación, tampoco se presentó una demanda de reconvención y estos no fueron debatidos ni menos aún demostrados en este asunto, por lo que mal haría esta Sala en imponer condena frente al particular, pues violaría el derecho de defensa y debido proceso de Protección S.A. y Porvenir S.A.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Por las mismas razones, se **ADICIONA** el mentado numeral, para disponer que **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Finalmente, frente a las costas impuestas a Colpensiones y Porvenir S.A., estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2019 00713 01.

Demandante: **LUZ GEORGINA ÁVILA CHÁVES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

ADICIONAR el numeral segundo de la providencia apelada, para disponer que **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

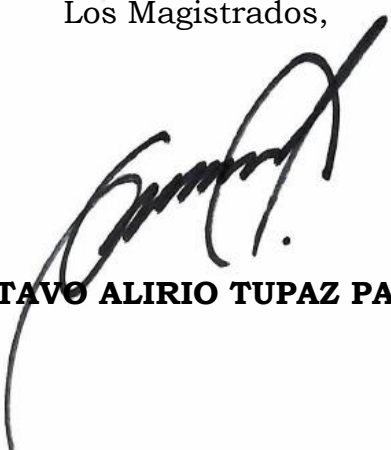
DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

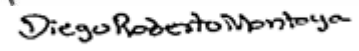
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

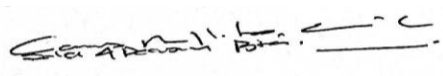
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de agosto de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA** adelanta contra la recurrente, y **PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCION S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A traslade los saldos o aportes que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual; reembolse los cobros y gastos de administración descontados; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyada de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A y PROTECCION S.A.** (fls. 07 a 08 del archivo 27, 19 a 22 del archivo 25, y 11 a 16 archivo 30) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. Igualmente, la primera propuso la excepción de compensación.

2.3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante **ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA** el día 23 de enero del año 1995 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena, hoy representado por PROTECCION S.A, y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A**, donde actualmente se encuentra afiliada la demandante a trasladar la sumas que obran en la cuenta de ahorro individual, aportes y rendimientos al régimen de prima media **COLPENSIONES**, a esta a que reciba los recursos, reactive la afiliación que en alguna ocasión tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual dada la consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se ha expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: Di la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES señaló que la actora no cumple los requisitos para trasladarse de régimen pensional, puesto que en el interrogatorio de parte manifestó que su voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual, fue libre; que la actora realizó traslado de forma horizontal en el mismo régimen, acto de relacionamiento, que no podrían pasarse por alto al momento de determinarse si existe ineficacia de traslado; que si la mesada pensional

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

ofrecida por el fondo privado no cumple con las expectativas económicas de la demandante esto no constituye falta al deber de información; que se deben trasladar en virtud de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia la totalidad del capital ahorrado, junto a los rendimientos financieros, es decir, que los regímenes de ahorro individual con solidaridad están obligados a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; y que sumado a lo anterior, la sentencia que declara la ineficacia tiene efectos retroactivos, de modo que, hay lugar a reintegrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos en relación de bonos pensionales, porcentaje destinado a pagos de seguros previsionales y gastos de administración.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCION S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 28 de octubre de 1986 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en los folios 01 al 02 del archivo 28; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCION S.A. el 23 de enero de 1995 (fls 20 al 21 del archivo 30).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

Por otra parte, y en lo que referente a actos de relacionamiento, CSJ SL6588-2021 ha expuesto que si bien se ha considerado que ciertos actos como solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse como una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

señal nítida del deseo de la persona de realizar una afiliación o de desafilarse del régimen, esto no es lo que caracteriza ni lo que se discute en las acciones de ineficacia; que esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría; y que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos, si el afiliado no pudo acceder a su derecho básico de obtener una información suficiente la consecuencia, es la ineficacia del traslado.

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 20 del archivo 30 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 23 de enero de 1995 con Fondo de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCION S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Aristizábal Loaiza se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (23 de enero de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor de Colmena Fondo de Cesantías y Pensiones hoy PROTECCION S.A. le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que tendría mejores garantías en el fondo privado, tales como pensionarse con una mesada pensional superior; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. en abril de 2008 (fl.74 del archivo 25), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía PROTECCION S.A., de haberle brindado en el año 1995 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, aclarándose que cada uno de ellos se trata de rubros disímiles, así como tienen un fin distinto dentro del R.A.I.S. por lo que, no es dable predicar su compensación. Así, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta (CSJSL2173-2022), y en consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de aportes y rendimientos también debe devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente indexados.**

Por las mismas razones, se **ADICIONARÁ** que **PROTECCION S.A.**, debe devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, los rubros pagados por concepto de garantía de pensión mínima; rubros que deberán pagarse debidamente indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Finalmente, frente a las costas, estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes y rendimientos también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, y valores pagados por gastos de administración, fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00236 -01.

Demandante: ZULMA YOLANDA ARISTIZÁBAL LOAIZA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A.

ADICIONAR que **PROTECCION S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y por concepto de garantía de pensión mínima; rubros que deberán pagarse debidamente indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

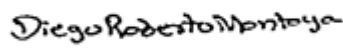
TERCERO. -. Sin costas en esta instancia.

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

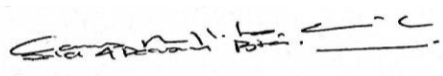
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00698 -01.

Demandante: **RUBEN DARIO ROA.**

Demandado: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 25 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **RUBÉN DARÍO ROA** adelanta contra **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, y **A.R.L. LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se deje sin efectos el dictamen proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA; y que se establezca que el diagnostico de Hipoacusia es consecuencia del accidente de trabajo que sufrió. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración junto con los respectivos intereses moratorios.

Demandante: **RUBEN DARIO ROA.**

Demandado: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA Y OTRA.**

Subsidiariamente, solicita indemnización por incapacidad permanente parcial.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** El 28 de abril de 2005 sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba realizando reparaciones mecánicas dejado de una ambulancia; el siniestro consistió en que soltó una manguera del tanque de gasolina, lo que generó que el líquido inflamable se derramara, cayéndole este en su oído izquierdo; **2)** Dicho accidente fue reportado a A.R.L. LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.; **3)** El 30 de mayo de 2006 acudió a urgencias por dolor de oído, siendo diagnosticado con Otolgia Crónica y Secreción del Oído con Hipoacusia, por lo que solicitó valoración por parte de su A.R.L.; **4)** La A.R.L. lo remitió a la E.P.S.; **5)** El 15 de febrero de 2013 solicitó nueva valoración por parte de la A.R.L., quien respondió el 08 de mayo del mismo año como consecuencia de un acción de tutela instaurada en su contra, señalando que su patología no era de origen laboral, remitiéndolo a la E.P.S.; decisión frente a la que presentó inconformidad el 18 de mayo de 2013, no obstante, la A.R.L. ratificó su decisión inicial, empero se abstuvo de remitir su caso a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ; **6)** Por lo anterior, interpuso acción de tutela, en donde el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de marzo de 2015 dispuso la remisión del actor a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ; **7)** El 19 de febrero de 2016, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA profirió su dictamen, señalando que el origen de su patología no era el accidente de trabajo, y un P.C.L. del 11%, sin tener en consideración el reporte de dicho siniestro; y **8)** Su salario a la fecha de estructuración era de \$1'500.000.

2. Respuesta a la Demanda.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA (fls. 253 A 258 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Demandante: **RUBEN DARIO ROA.**

Demandado: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA Y OTRA.**

Aceptó lo atinente a que calificó al actor con fundamento en su historia clínica.

Adujo que la decisión que emitió la realizó con pleno sustento probatorio y de conformidad con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación de una P.C.L.; y que no se evidencia que la patología que padece el actor pudiera tener su origen en el accidente de trabajo del 28 de abril de 2005.

Por su parte, **A.R.L. LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.** (fls. 312 a 323 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó lo referente a la notificación del accidente de trabajo, las respuestas que suministró al actor informando que su patología no era producto de tal siniestro, y la calificación efectuada por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA.

Indicó que sólo un año después de que ocurrió el accidente de trabajo, el actor requirió a la A.R.L. por su padecimiento en el oído; que el actor no desplegó ningún esfuerzo para la valoración y el tratamiento de su patología; y que en los diversos dictámenes emitidos se ha establecido que enfermedad no es de origen laboral.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que en el desarrollo del trámite se remitió al demandante para que fuera calificado nuevamente por parte de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, en el que se estableció nuevamente que las patologías del actor eran origen común; que el anterior dictamen sería confirmado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ,

Demandante: **RUBEN DARIO ROA.**

Demandado: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA Y OTRA.**

estableciendo un P.C.L. del 15%; que por lo anterior, es dable establecer que el dictamen demandado se ajusta a la normatividad jurídica, conforme a los dictámenes aludidos, pues no se encontró que la patología del actor tuvo se génesis en el accidente de trabajo del 28 de abril de 2005, por demás que sólo un año después de este siniestro comenzó a presentar dolencias auditivas; y que según lo expuesto, no es dable reconocer pensión de invalidez ni indemnización permanente parcial, pues el origen de la patología del actor es común.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por A.R.L. LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias del grado jurisdiccional de consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Conforme al acervo probatorio vertido es posible dejar sin efectos el dictamen proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Demandante: **RUBEN DARIO ROA.**

Demandado: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA Y OTRA.**

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De los Dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez.

Las juntas de calificación de invalidez tienen como función principal calificar la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Asimismo, los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, *“deberá contener siempre, y en un solo documento, la decisión (...) sobre los siguientes aspectos: a) Origen de la contingencia, y b) Pérdida de capacidad laboral junto con su fecha de estructuración si el porcentaje de este último es mayor a cero por ciento de la pérdida de la capacidad laboral (0%). Así como, los fundamentos de hecho y de derecho y la información general de la persona objeto del dictamen.”*, según lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1352 de 2013.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional ha establecido que los dictámenes que expiden las juntas de calificación deben contener todos los elementos probatorios que sirvan para establecer una relación causal tales como la historia clínica, exámenes médicos periódicos, el cargo desempeñado, actividades, entre otras (T-424 de 2007).

Así mismo, a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez les corresponde actuar en primera instancia cuando se solicite la calificación de la invalidez, para el pago de prestaciones asistenciales y/o económicas por parte de las entidades administradoras del sistema de seguridad social y entidades de previsión social o entidades que asuman el pago de prestaciones. Por su parte, el artículo 14 del Decreto 1352 de 2013 señala que deben actuar como peritos cuando ello le sea solicitado conforme a las normas procesales civiles.

Igualmente son funciones de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, calificar en segunda instancia el estado de invalidez cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra los dictámenes emitidos por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez (numeral 1 del artículo 13 del Decreto 1352 de 2013).

Demandante: **RUBEN DARIO ROA.**

Demandado: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA Y OTRA.**

Ahora bien, los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez se tratan de un concepto técnico y científico sobre la valoración completa del estado de salud de una persona, para lo cual se utilizan estándares de razonabilidad e integralidad, a través del cual, se evalúa el daño sufrido y las consecuencias que emanan del mismo (CSJ SL13545-2014).

Del mismo modo, y en cuanto a la valoración de diferentes dictámenes que se allegan a un proceso, CSJ SL4346-2020 y CSJ SL2349-2021 ha dispuesto que los jueces pueden soportar su decisión en el que les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción; y que aunque se ha admitido la relevancia de los dictámenes que expiden las juntas de calificación de invalidez por tratarse de conceptos técnicos y científicos emanados de órganos autorizados por el legislador, lo cierto es que estos constituyen un medio de prueba y, como tal, deben someterse a la valoración del juzgador bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba.

En similar sentido, CSJ SL3992-2019, indicó que *“el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones (...) no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria.”*

Descendiendo al caso, la Sala observa que el demandante eleva inconformidad contra el dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA el 05 de febrero de 2016, respectivamente (fls. 259 a 263 del archivo 01), quien determinó que por los diagnósticos de *“Hipoacusia mixta bilateral”*, el actor presentaba una P.C.L. de un 11% y que su origen era ajeno al accidente de trabajo del 28 de abril de 2005; no obstante, la parte actora considera que tal patología tiene origen en tal siniestro.

Demandante: **RUBEN DARIO ROA.**

Demandado: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA Y OTRA.**

Al respecto, es menester advertir que en el plenario no existe una prueba que resulte fidedigna para soportar tal pedimento, pues a juicio de la Sala era dable, tal y como lo hizo el A Quo, para fundamentar y establecer su posición de conformidad con el principio de la libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de tal prueba, acudir a un nuevo dictamen proferido por una entidad especializada sobre la temática en cuestión como lo son la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Al respecto, encontramos que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA profirió nuevo dictamen del 25 de julio de 2019 señaló que, el accionante presentaba la patología que denominó “*Hipoacusia Neurosensorial Bilaletal*”, señalando que el P.C.L. que alcanzaba el demandante era del 15%, y que el origen no era el pluricitado accidente de trabajo (fls. 418 a 434 del archivo 01).

Por su parte, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ confirmó la decisión tomada por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y CUNDINAMARCA mediante dictamen proferido el 09 de marzo de 2022 (fls. 543 a 552 del archivo 01).

Así las cosas, no existe prueba que permita determinar que la patología del actor tiene su origen el accidente de trabajo que acaeció el 28 de abril de 2005, más aún si se tiene en cuenta que en el último dictamen aludido se tuvieron en cuenta los conceptos médicos del 30 de abril, 04 de mayo de 2005, 30 de mayo, y 05 de junio de 2006, así como se incluyó los del 25 de mayo, 07 de julio, 28 de agosto, 15 de diciembre de 2017, 16 de marzo, y 15 de noviembre de 2018, sin que hubiere podido establecerse un nexo causal entre el siniestro y la enfermedad que se padece; estudio técnico científico que en suma a la normatividad que rige la materia, le permitió a dicha entidad, concluir de forma suficiente y razonable que se alcanzaba un 15% de P.C.L. y que el origen de la patología no era el accidente de trabajo.

En efecto, no se evidencia omisión o yerro en que hubieren podido incurrir las entidades calificadoras, pues por el contrario, se denota que

Demandante: **RUBEN DARIO ROA.**

Demandado: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA Y OTRA.**

tuvieron en cuenta para fundamentar su decisión la correspondiente historia clínica del actor, le efectuaron valoraciones clínicas, y llevaron a cabo la respectiva su valoración a través de medicina general, otorrinolaringología, y audiología, para determinar su condición de salud. Además, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez fundamentó su decisión en la normatividad que rige la materia, Ley 100 de 1993, Decreto 2566 de 2009, Decreto 917 de 1999, y Decreto 2463 de 2001.

Por tanto, la Sala se acogerá íntegramente a lo dispuesto en tal estudio técnico- científico, máxime si se tiene en cuenta que no se logra derruir tal dictamen con algún otro, así como tampoco se solicitó la citación de los médicos que integraron la junta para verificar las razones que los llevaron a tomar la determinación aludida, y con ello, si es del caso restarle valor probatorio a su dictamen, tal y como se colige del artículo 227 del C.G.P.; de modo que, la mera apreciación de que en el mismo no se observa las circunstancias que giraron en torno al accidente de trabajo es exiguuo para declarar el P.C.L. que se persigue, pues conforme a lo dicho, la parte actora, primero, debió acreditar suficientemente tal falencia a través de un estudio fehaciente y fidedigno que tuviera en cuenta tales circunstancias y que le permitiera a la Sala concluir razonablemente que el origen era dicho siniestro, y segundo, restar valor probatorio al dictamen que fuere decretado por el juzgador, lo que podía lograr si en juicio y al momento de contradecir el dictamen, hubiere llamado a los miembros integrantes de la junta de calificación de invalidez y si fuera por parte de esta Corporación razonablemente concluir que se incurrió en algún tipo de equivocación; presupuestos que no se lograron demostrar por parte del accionante.

En tales condiciones, no encuentra la Sala elementos probatorios suficientes para concluir que las patologías del accionante deban ser calificadas con un P.C.L. superior al 50%, por lo que, se considera acertada la decisión del A Quo y, por ende, se confirmará.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00698 -01.

Demandante: **RUBEN DARIO ROA.**

Demandado: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA Y OTRA.**

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de julio de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

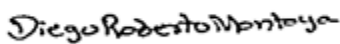
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

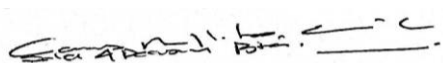
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00377 -01.

Demandante: **MARÍA ALEJANDRA AMADO DÍAZ.**

Demandado: **CORPORACIÓN NUESTRA I.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **MARÍA ALEJANDRA AMADO DÍAZ** interpuso contra la providencia que el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **CORPORACIÓN NUESTRA I.P.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 01 de marzo de 2016 y el 21 de marzo de 2017; que el vínculo laboral terminó por causas imputables al empleador; y que todos los conceptos que devengó eran salario. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías junto con su sanción por falta de pago, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión, auxiliar de transporte, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Ingresó a laborar al servicio de la demandada el 01 de marzo de 2016 mediante contrato de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de Médica General; **2)** Ejercía sus funciones en jornadas de ocho horas diarias, dependiendo de los turnos que le fueran asignados; **3)** El 21 de marzo de 2017 renunció, aduciendo el incumplimiento de las obligaciones legales por parte del empleador, especialmente, en el reconocimiento y pago oportuno de salarios y prestaciones sociales; **4)** Devengaba \$2'881.500 junto con un auxilio de alimentación y rodamiento por \$720.400; rubro que se pagaba de forma habitual y uniforme; **5)** Se realizaban aportes a seguridad social sin tener en cuenta los auxilios de alimentación y rodamiento, así como tampoco se incluyó en la liquidación final de prestaciones sociales, la que no ha sido pagada; **6)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende; y **7)** El 17 de marzo de 2020 elevó reclamación, solicitando el pago de las acreencias laborales adeudadas, a lo que no se ha dado contestación.

2. Respuesta a la Demanda.

Mediante auto del 31 de marzo de 2022 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de CORPORACIÓN NUESTRA I.P.S. (archivo 54).

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo comprendido entre el 1 de marzo de 2016 y que tuvo su vigencia hasta el 21 de marzo de 2017 desempeñando el cargo de médico general y devengando un salario por valor de \$3'601.900.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero:

- a.** Cesantías de 2016, \$ 600.333, y de 2017, \$810.428.
- b.** Intereses sobre las cesantías de 2016, \$60.033, y de 2017, \$21.882.
- c.** Sanción por no pago de intereses a las cesantías de 2016, \$60.033, y de 2017, \$21.882.
- d.** Prima de servicios de 2016, \$ 600.333, y de 2017, \$810.420.
- e.** Compensación de vacaciones: \$1'901.0003; las que se deben pagar debidamente indexadas al momento efectivo de pago.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a cancelar ante Protección S.A., los aportes a la seguridad social con los correspondientes intereses moratorios por el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 2016 y el 21 de marzo de 2017 sobre la suma de \$720.400 que se dejaron de pagar mientras estuvo la vigencia de la

Demandante: **MARÍA ALEJANDRA AMADO DÍAZ.**

Demandado: **CORPORACIÓN NUESTRA I.P.S.**

relación laboral y que se pagaran con los correspondientes interés moratorios dichos aportes a la seguridad social.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a cancelar a la demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre aceptación certificados por la Superintendencia Bancaria desde el 22 de marzo de 2017 hasta el momento en que se efectuó el pago de los conceptos que fueron objeto de condena por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada, inclúyanse como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a \$500.000.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está demostrada la existencia de un contrato de trabajo, pues todos los testigos dieron fe la prestación de servicios de la actora a la demandada, por demás que se allegó certificación laboral en tal sentido; que es factible tener los auxilios de alimentación y rodamiento como salario, como quiera que constituyen un salario en especie, salvo que se hubiere acreditado su exclusión salarial, sin embargo, el expediente se encuentra huérfano de prueba en tal sentido; que la demandante devengaba más de dos salarios mínimos, por lo que, no tenía derecho a auxilio de transporte; que está acreditado el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios de 2016, y aportes a pensión, siendo procedente únicamente su reajuste, teniendo en cuenta los valores que constituyen salario; que no se demostró el pago de las cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios 2017, así como vacaciones; que al no efectuarse el pago de intereses a las cesantías hay lugar a la correspondiente sanción; que si bien la demandante expuso que daba terminación al contrato de trabajo con fundamento en la falta de pago, no se especificó el tipo de pago que adeudaba el empleador, si era salario, prestaciones sociales, aportes a seguridad social o algún tipo de deuda, por lo que, en tales condiciones no es dable imponer condena por despido sin justa causa; que no hay lugar a reconocer sanción por no consignación de cesantías, pues frente a las de 2016 sí se hizo su correspondiente pago, y las de 2017 se subsumirían en la indemnización moratoria; que al demandarse luego de transcurridos dos años, la sanción moratoria a reconocer consiste únicamente en intereses moratorios; y que frente a las condenas que no es procedente la indemnización moratoria, es dable ordenar que su pago se haga debidamente indexado.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** dijo que se debieron presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión al no darse por contestada la demanda; que al estarse frente a un contrato a término fijo se debió entender que el contrato se extendió hasta el 01 de marzo de 2018; que se debió realizar el interrogatorio de parte de la demandada, pues si bien no compareció a la audiencia, para ello, se presentó el formulario escrito, debiéndose presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión; que las prestaciones sociales no fueron pagadas, es por ello que se allegaron los extractos bancarios para que se corroborara su reconocimiento; que es evidente que la relación laboral finiquitó por el incumplimiento del empleador; y que al no acreditarse el pago de las cesantías es procedente el pago de la sanción por su falta de consignación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de estas.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable considerar que el contrato de trabajo de la actora se extendió hasta el 01 de marzo de 2018?, ¿es posible tener por ciertos hechos de la demanda ante la falta de contestación de la demanda y la ausencia del representante legal de la demandada a rendir interrogatorio de parte?, ¿hay

lugar a reconocer de forma completa las prestaciones sociales que fueron únicamente objeto de reajuste?, ¿es posible predicar que hay lugar al pago de la sanción por no consignación de las cesantías? y ¿es factible imponer condena por concepto de despido indirecto?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Contrato a término fijo y sus prorrogas.

Mediante la figura del contrato a término fijo las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo que no puede ser superior a tres años; pacto que debe constar por escrito (CSJ Rad. 0026 de 21 de abril de 1986, reiterada en la CSJ SL3718-2021).

En cuanto a la finalización del contrato a término fijo, la misma acontece por el vencimiento del término estipulado, siempre y cuando el empleador informe por escrito su determinación de no prorrogar el contrato de trabajo con una antelación no inferior a 30 días, pues de lo contrario se entenderá prorrogado por el término inicialmente pactado; y que si el contrato se pactó por un término inferior a un año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente hasta por tres periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un año, y así sucesivamente, tal y como se desprende del artículo 46 del C.S.T.

Pues bien, en el asunto de marras no se allegaron los correspondientes contratos de trabajo que dieran cuenta del término fijo pactado entre las partes, sin embargo, de la certificación y de la carta de terminación del contrato de trabajo allegadas a folios 29 y 30 del archivo 01, es posible deducir que el contrato de la accionante existió del 01 de marzo de 2016 al 21 de marzo de 2017, pero que finiquitó en la última fecha aludida por voluntad del trabajador; por lo que, no es dable considerar que la relación laboral se mantuvo vigente hasta el 01 de marzo de 2018, así

como tampoco si existió algún tipo de prórroga, pues esta última circunstancia no se acreditó, así como tampoco es dable deducirla al no existir documental alguna que dé cuenta del tiempo que fue pactado dentro del contrato a término fijo.

En este punto, se esclarece que ante la falta de contestación de la demanda la consecuencia, conforme al parágrafo 2° del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., es tener tal actuar como indicio grave en contra del demandado, pero no asumir por ciertos los hechos narrados en la demanda. Asimismo, y ante la negativa de decretar el interrogatorio de parte de la demandada, la oportunidad para impugnar tal decisión era en la audiencia de que trata el artículo 77 *ejusdem*, una vez se efectuó tal pronunciamiento, por lo que, a todas luces la solicitud de su decreto o de tener en cuenta en cuenta el cuestionario que se allegó previo a tal etapa procesal, resulta a todas luces extemporáneo.

Aunado a ello, CSJ Rad. 27060 del 23 de agosto de 2006, reiterada en CSJ Rad. 41419 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL14850-2014, ha señalado que *“si en la providencia que puso fin a la primera instancia el juzgador nada dijo sobre la confesión ficta o presunta, teniendo presente todas circunstancias anotadas, no podía la sala sentenciadora, declarar en el fallo de segunda instancia confeso al demandado”*, por lo que esta instancia se encuentra vedada para tener por ciertos hechos de la demanda que en su momento el juzgador de primera instancia se abstuvo de determinar de forma clara y específica.

Prestaciones Sociales y Sanción por No Consignación de las Cesantías.

Resultado de la existencia de una relación laboral es su consecuente pago de los derechos mínimos e irrenunciables que surgen de tal vinculación, como lo es el pago de **prestaciones sociales**; siendo carga del empleador acreditar su reconocimiento.

Al punto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de

prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto.

En el *sub lite*, se encuentra que el juzgador de primer grado consideró que estaba acreditado el pago de las prestaciones sociales de 2016, no obstante, al no haberse efectuado su reconocimiento de forma total era dable su reajuste; decisión impugnada por la parte actora, señalando que no se acreditó tal pago.

Al respecto, al plenario se allegaron comprobantes de nómina en donde se verifica que en junio, diciembre de 2016, enero, y febrero de 2017, se efectuó el reconocimiento de prima de servicios, intereses a las cesantías, y cesantías, lo que es coincidente con el valor pagado y que se consigna en los extractos del Banco BBVA en el acápite de abonos, así como en la planilla de pago de cesantías (fls. 40, 41, 45, 51, 55, 66 y 89 del archivo 01). En suma, en interrogatorio de parte la demandante únicamente manifestó que se le adeudaba al momento de la terminación del vínculo laboral tres meses de sueldo, vacaciones, salud, A.R.L., pensión, y su liquidación final de prestaciones sociales.

Por otra parte, y en lo que respecta a **sanción por no consignación a las cesantías**, la apelación se fundamentó en la falta de depósito de las cesantías, no obstante, y como quedó visto las de 2016 sí se pagaron, y las de 2017, quedaron subsumidas en la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., puesto que el contrato finiquitó el 21 de marzo de 2017, esto es, antes del tiempo máximo que se tenía para efectuar el pago de tales cesantías, esto es, hasta el 14 de febrero de 2018. Lo dicho según CSJ SL417-2021 y CSJ SL859-2021, en donde se ha expresado que dichas sanciones no son concurrentes, puesto que no fue la intención del legislador imponer una doble sanción ante el incumplimiento de una misma acreencia laboral.

Así las cosas, se considera acertada la decisión del A Quo respecto a los tópicos en estudio, de modo que se confirmará.

Demandante: **MARÍA ALEJANDRA AMADO DÍAZ.**

Demandado: **CORPORACIÓN NUESTRA I.P.S.**

Despido Indirecto.

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

En el asunto, encuentra la Sala que en la carta de terminación del contrato de trabajo la trabajadora señaló que *“deseo informar mi decisión de finalizar la relación laboral suscrita con ustedes dese el primero (1) de marzo de 2016. Esta renuncia a mi cargo es voluntaria. Desempeñaré mis funciones hasta el día veintiuno de marzo del año en curso. La presente decisión responde a motivos de incumplimiento por parte del empleador en el pago”* (fl. 29 del archivo 01), por lo que, le asiste razón al A Quo en cuanto a que motivos que informó la demandante no son lo suficientemente claros para determinar las razones de su dimisión, ya que, se desconoce qué pago o pagos fue el que la demandada se abstuvo de realizar, y más aún si el mismo fue de forma sistemático.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00377 -01.

Demandante: **MARÍA ALEJANDRA AMADO DÍAZ.**

Demandado: **CORPORACIÓN NUESTRA I.P.S.**

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN
LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de junio de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

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

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

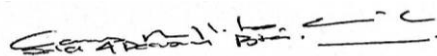
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00377 -01.

Demandante: **MARÍA ALEJANDRA AMADO DÍAZ.**

Demandado: **CORPORACIÓN NUESTRA I.P.S.**

AUTO

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', is written over the printed name below it.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00202 -01.

Demandante: **ELIZABETH BOTIA.**

Demandado: **COLFONDOS S.A. Y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLFONDOS S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** contra la providencia que el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ELIZABETH BOTÍA** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en su condición de madre de Luis Hernando Botía, a partir del 23 de agosto de 2019; intereses moratorios; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Es la madre de Luis Hernando Botía, quien falleció el 22 de agosto de 2019; **2)** El causante no tuvo hijos, no era casado ni tenía compañera permanente; por el contrario, era quien la sostenía en forma completa, y le colabora mensualmente con un asuma aproximada de \$250.000 para el pago de servicios públicos, manutención, vestuario, y compra de

Demandante: **ELIZABETH BOTIA.**

Demandado: **COLFONDOS S.A. Y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

medicamentos; **3)** El causante estaba afiliado a COLFONDOS S.A., en donde alcanzó 110,14 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento; **4)** El 06 de octubre de 2019 solicitó pensión de sobrevivientes, empero, le fue negada el 21 de febrero de 2020 con fundamento en que le había sido aprobada una devolución de saldos, y por cuanto según investigación que realizó el fondo no se encontró que fuera beneficiario de su hijo; **5)** El 19 de febrero de 2020 la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. había objetado el reconocimiento de la suma adicional para reconocer la pensión con base en su falta de acreditación como madre dependientes del causante; **6)** Desde el 25 de agosto de 2014 era beneficiaria en salud de su hijo fallecido; y **7)** En la actualidad no cuenta con ingresos, no devenga pensión, y cuenta con más de 66 años.

2. Respuesta a la Demanda.

COLFONDOS S.A. (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que en la investigación realizada a la demandante no se logró determinar el aporte económico que su hijo fallecido realizaba; que la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del buen hijo, no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica; y que lo anterior, fue la razón por la que COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. negó el pago de la diferencia para cubrir el valor de la pensión de sobrevivientes.

Por su parte, **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** (archivo 10) también se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Manifestó que no se acreditó la dependencia económica de la demandante a su hijo, pues por el contrario y conforme investigación realizada se encontró que la actora era propietaria de un inmueble que le garantizaba su subsistencia; que en dicho inmueble se tenía un bar, empero, no es posible determinar si este le generaba un ingreso al causante,

Demandante: **ELIZABETH BOTIA.**

Demandado: **COLFONDOS S.A. Y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

por el contrario, la actora afirmó que con tal establecimiento había un ingreso de \$200.000- \$300.000, y el hermano del causante aludió a \$600.000- \$700.000; y que el causante durante su último mes de vida no trabajó por su hospitalización, lo que refuerza la tesis de que no percibía ingresos ni podía ser cabeza de hogar en ese momento.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. al reconocimiento a favor de la demandante de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su hijo LUIS HERNANDO BOTIA, reconocimiento que se hará a partir del 22 de agosto de 2019 en un valor de un SMLMV, \$828.116, que se pagará en 13 mesadas pensionales y cuyo retroactivo o mesadas pensionales que se han venido adeudando desde del 22 de agosto de 2019 hasta el momento efectivo de pago, se cancelarán debidamente indexadas cada mesada en forma anual y hasta el momento efectivo del pago.

SEGUNDO: CONDENAR a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. para que traslade a COLFONDOS S.A. los recursos correspondientes o necesarios para completar el capital para financiar la prestación pensional que se está reconociendo en los términos del artículo 177 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas, para el efecto se fija a cargo de cada una lo correspondiente a 2 SMLMV para el año 2022 a favor de la demandante.

CUARTO: AUTORIZAR a COLFONDOS S.A. a que descunte del retroactivo lo correspondiente a la seguridad social en salud y ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones invocadas en la acción, específicamente al reconocimiento de los intereses moratorios.

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

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existió controversia en cuanto a las semanas cotizadas por el causante, y que este falleció en calidad de afiliado; que se demostró que la accionante era la madre del exánime; que de la prueba testimonial es posible establecer que se acreditó que la actora dependía económicamente de su hijo fallecido, pues estos fueron coincidentes en afirmar que el causante le realizaba un aportes económico a su madre, que este era significativo, y trascendental para su subsistencia, por demás que está demostrado que la demandante era beneficiaria en salud de este; que los aportes adicionales que recibía la actora del Estado o por labores que realizaba ocasionalmente era insuficiente para su subsistencia; que con la investigación efectuada por la aseguradora no se logra desvirtuar la dependencia económica referida; que

le corresponde a la asegurada pagar los valores adicionales a la cuenta de ahorro individual del causante; que no hay lugar a intereses moratorios, pues su falta de pago es consecuencia de la falta de claridad en cuanto a la dependencia económica de la demandante con su hijo; que por lo anterior, hay lugar a indexación; que el valor a pagar como mesada pensional es el salario mínimo; y que no operó prescripción, pues entre la muerte del causante y la demanda no han transcurrido más de tres años.

4. Argumentos de las Recurrentes.

COLFONDOS S.A. adujo que conforme a la investigación realizada, y la información obrante en el expediente administrativo, no está demostrada la dependencia económica de la actora con su hijo, la que a la luz de la norma vigente- Ley 797 de 2003-, debe ser total y absoluta, lo que encuentra asidero en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional; y que el mero auxilio a favor de un padre no constituye dependencia económica, así como cuando el ingreso de dicho padre en términos cualitativos no resulta significado para salvaguardar su mínimo vital.

Por su parte, **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** señaló que el acervo probatorio es insuficiente para establecer la dependencia económica de la actora con el causante, puesto que el presente proceso no está acreditado que el exánime al momento de su fallecimiento y los seis meses anteriores a tal suceso, hubiera efectuado la manutención de su madre, pues tuvo que trasladarse de ciudad a ser cuidado por su mamá debido a su patología; que no hay prueba que el causante hubiera constituido un establecimiento de comercio, no pueden ser los testigos los llamados a dar cuenta de un negocio, para ello, era necesario una prueba documental; que la dependencia económica se debe verificar el último momento de vida del afiliado; que los beneficiarios de la pensión no son los llamados a pedir la suma adicional directamente a la aseguradora, había una falta de legitimación, pues la demandante no hacía parte del seguro previsional; y que además, de dichas sumas se deben descontar los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y el bono pensional respectivo, debiéndose aplicar la compensación en caso de que se hubiera reclamado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y de COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante como consecuencia del fallecimiento de su hijo, Luis Hernando Botía? y, ¿es dable imponer a la aseguradora condena por concepto de los valores adicionales a los que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del causante a fin de sufragar la prestación de sobrevivencia?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la Pensión de Sobrevivientes a favor de los Padres Dependientes.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en

la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Luis Hernando Botía -22 de agosto de 2019- (fl. 24 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003; normas que establecen que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, y que son beneficiarios, entre otros, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este.

En cuanto a la dependencia económica, es necesario precisar que el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral ha estado en armonía con lo expuesto en las sentencias del 05 de febrero de 2008, Rad. 30992, 03 de diciembre de 2014, Rad. 46892, y SL5292-2018, en la que se señaló que antes y después de la expedición del literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado que ella traía sobre el requisito de dependencia económica *“de forma total y absoluta”*, dicha dependencia está concebida bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir, lo que no descarta *“que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal”*.

Igualmente, en sentencias CSJ SL4811-2014 y CSJ SL14923-2014, se expuso que, el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, tampoco significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares

Demandante: **ELIZABETH BOTIA.**

Demandado: **COLFONDOS S.A. Y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta la dependencia económica, en todo caso, debe existir un grado de ella, para lo cual se han identificado dos condiciones a saber: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; y ii) una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y se ve afectado en su mínimo vital en un grado significativo.

De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe cumplir los siguientes parámetros: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; y iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente (CSJ SL 4483-2021)

Tales condiciones, como también lo ha sostenido la Corte, deben ser analizadas en los momentos previos al fallecimiento y no después de tal suceso (CSJ Rad. 52770 del 04 de diciembre de 2013) y en cada situación

en concreto, a partir de la condición económica del presunto beneficiario y de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente practicadas en el trámite del proceso (CSJ Rad. 44701 del 19 de noviembre de 2013).

Descendiendo al caso, observa la Sala que en el proceso está acreditado que la actora es madre del causante, según registro civil de nacimiento visible a folio 22 del archivo 01; y que el causante al momento de su deceso ostentaba la calidad de afiliado así como que alcanzó 110 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años de vida (fls. 26 y 27 del archivo 01).

Así las cosas, se procede a verificar si se acreditó la dependencia económica en los términos expuestos, frente a lo que se encuentra que según los testigos Elsa de Mendivelso, Nancy Paola Araque Estupiñan y Gabriel Parra, la demandante desde aproximadamente el año 2012, por lo menos, dejó de laborar, y fue su hijo quien se hizo cargo de ella, reconociéndole aproximadamente la suma de \$250.000 mensuales, pues es una persona que por edad ya se encontraba en series dificultades para laborar; circunstancia que le consta especialmente a la segunda testigo quien en su calidad de nuera de la demandante fue enfática en señalar que veía la colaboración que le era suministrada por parte del causante, por demás que los demás testigos le prestaban dinero permanentemente a la actora para su subsistencia, y este era reembolsado por el causante.

En este punto, se esclarece que a juicio de la Sala los testigos aludidos fueron estudiados de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de libre formación del convencimiento y, que gozan de credibilidad, pues no se encuentra que hubiesen incurrido en ningún tipo de contradicción, por el contrario fueron fehacientes, fidedignos y certeros en establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar en cuanto a la dependencia de la actora con su hijo, informando incluso, como tuvieron conocimiento de las circunstancias que narraron.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el aporte que el causante le suministraba a su madre era cierto, constante, y significativo; nótese como la demandante al narrar los gastos de su hogar, en interrogatorio de

Demandante: **ELIZABETH BOTIA.**

Demandado: **COLFONDOS S.A. Y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

parte, hace alusión a que estos variaban entre \$550.000 y \$700.000, de manera que la suma de \$250.000 constituía entre el 33,33% y el 73,33% de los ingresos para su manutención, además asumía gastos de alimentación, y servicios públicos, motivos por los que no es dable acoger la tesis de COLFONDOS S.A. en cuanto a que se trataba de una mera colaboración o auxilio.

Igualmente, debe advertirse que los argumentos del apoderado de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. no encuentran asidero, puesto que, si bien el causante durante sus últimos seis meses de vida estuvo al cuidado de su madre, los testigos aludidos dieron cuenta de un negocio que el causante tenía en Socotá- Boyacá, y de donde se generaron algunos ingresos para la manutención de ellos, asimismo, hicieron alusión ahorros que el exánime tuvo antes de retirarse de trabajar; pruebas que son suficientes para considerar una fuente de ingresos que tenía su génesis en el trabajo del causante, máxime si se tiene en cuenta que testigos como Gabriel Parra informaron haber estado allí en calidad de amigo y cliente.

En todo caso, y en gracia de discusión, habrá de advertirse que resultaría desproporcionado exigir a quien por cuestiones ajenas a su voluntad está en imposibilidad de trabajar, como sucede cuando se encuentra afrontando una enfermedad, que su aporte siga siendo el mismo como cuando se encontraba en condiciones físicas y mentales plenas; pues una disminución o una falta de pago atribuible a tal situación, no logra desdibujar la dependencia económica que durante años una madre puede tener frente a su hijo, tal y como ocurren en el caso de estudio, en donde se hace alusión a por lo menos una dependencia que se originó desde el año 2012.

Del mismo modo, la Sala no considera que, con el subsidio que le era otorgado por el Estado a la demandante, \$80.000 y los ingresos ocasionales que pudiera generar la demandante por su cuenta al prestar servicios domésticos, esto fuera suficiente para su propia subsistencia; pues como quedo visto, gran parte de sus ingresos mensuales, dependían del aporte que el causante le realizara, lo que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que ni siquiera podía solventar su aporte a salud, ya que, era dicho exánime

quien la tenía afiliada en calidad de beneficiaria (fl.32 del archivo 01), por demás que ninguno de sus demás hijos podía colaborarle al tener sus propias responsabilidades familiares.

Finalmente, no encuentra la Sala razones para considerar que las objeciones presentadas por la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. sean fundadas, pues se basan en la imposibilidad que tenía el causante de percibir ingresos desde marzo de 2019, así como en la falta de demostración de pagos efectuados por este a la demandante (fls.33 a 36 del archivo 01, 97 a 145 del archivo 08 y 13 a 59 del archivo 10); no obstante, el primer argumento fue totalmente desvirtuado, y frente al segundo, en juicio sí se demostró la dependencia económica, por demás que en dicha investigación no obran elementos que sean certeros para determinar que no existía la aludida dependencia, contrario a ello, las entrevistas recepcionadas son contestes en manifestar al unísono que la demandante dependía económicamente del causante, puesto se estaba frente a una persona de la tercera edad que se dedicaba a labores propias del hogar y que además estaba al cuidado de su madre.

Por lo anteriormente expuesto, se considera que le asiste razón al A *Quo* al ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en estudio, por lo que, tal condena se confirmará.

Valores a Cargo de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

La ley de seguridad social integral tiene concebido el régimen de ahorro individual como un sistema con carácter de aseguramiento frente a los infortunios de invalidez y muerte, de manera que cuando se causa uno de aquellos eventos, contribuirán a la financiación de la respectiva prestación pensional, *“los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora”*, conforme a lo estipulado en el inciso 1° del artículo 70 y el numeral 1° del artículo 77 de la Ley 100 de 1993.

Demandante: **ELIZABETH BOTIA.**

Demandado: **COLFONDOS S.A. Y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

Es por ello, que en el artículo 108 *ejusdem*, se establece a cargo de los fondos pensionales la obligación de contratar seguros previsionales colectivos y de participación, para subvencionar el pago de las pensionales de invalidez y sobrevivencia en aquellos eventos en que los demás factores de financiación resulten insuficientes para costear el monto de la pensión.

Por lo anterior, y conforme a lo dispuesto en CSJ SL574-2023 es un imperativo legal la obligación de contratar con una aseguradora previsional, los referidos seguros, con el fin de garantizar el financiamiento de las aducidas pensiones y, por consiguiente, ante la acreditación de los presupuestos de la existencia del derecho pensional, imponer la obligación del pago al fondo pensional; que en tal sentido, la aseguradora debe aportar la suma adicional necesaria para financiar la pensión a partir de la situación concreta de los beneficiarios, de manera que tal cobertura es automática, pues si se condena a la A.F.P. al pago de la prestación periódica, a la aseguradora, por ministerio de la ley, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez (CSJ SL4204-2018, CSJ SL5603-2019, CSJ SL2843-2020, y CSJ SL778-2021).

En consecuencia, se considera acertada la decisión del *A Quo* de imponer los recursos correspondientes o necesarios para completar el capital para financiar la prestación pensional que se está reconociendo, pues aun cuando tal pedimento no hubiere sido solicitado por la demandante, este opera por ministerio de la ley; de modo que no resulta dable en tal contexto que se incurra en una falta de legitimidad en la causa.

Finalmente, se aclara que tampoco a predicar que existen sumas que deben ser compensadas, pues no existe prueba alguna de pago efectuado a favor de la demandante, ya sea una devolución de saldos o bono pensional.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

Demandante: **ELIZABETH BOTIA.**

Demandado: **COLFONDOS S.A. Y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de agosto de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

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

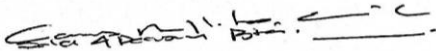
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00202 -01.

Demandante: **ELIZABETH BOTIA.**

Demandado: **COLFONDOS S.A. Y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$750.000 a cargo de cada una de las demandadas.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', with a long, sweeping horizontal stroke extending to the left.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00597 -01.

Demandante: **MARLENE PRIETO DE CARRIÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 13 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARLENE PRIETO DE CARRIÓN** adelanta contra **COLPENSIONES y DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende el acrecimiento de su pensión de sobrevivientes que venía recibiendo Deivi Julián Carrión Arroyave desde el 01 de septiembre de 2015 y hasta la fecha en que este cumpla 25 años o acredite su calidad de estudiante; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Mediante Resolución 919 del 01 de enero de 2002 se le reconoció pensión a Darío Carrión; **2)** Darío Carrión falleció el 03 de junio de 2009; **3)** A través de la Resolución 035092 del 22 de noviembre de 2010 le fue reconocida el 50% de la pensión del señor Carrión a Deivi Julián Carrión Arroyave; **4)**

Demandante: **MARLENE PRIETO DE CARRIÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE.**

Mediante Resolución SUB 44353 del 21 de febrero de 2018, COLPENSIONES dio cumplimiento a fallo proferido dentro de la jurisdicción ordinaria laboral, reconociéndole el 50% restante de la pensión del señor Carrión; **5)** Deivi Julián Carrión Arroyave cumplió la mayoría de edad el 26 de agosto de 2015, siendo retirado del reconocimiento pensional a partir de septiembre de tal anualidad; **6)** El 22 de febrero de 2018 solicitó el acrecimiento de su pensión, empero fue negado mediante Resolución SUB 74407 del 20 de marzo de 2018; y **7)** El 09 de noviembre de 2018 presentó reclamación administrativa.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (fls. 52 a 61 del archivo 2019-597 CON SENTENCIA), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que quien debe solicitar el acrecimiento de su pensión es Deivi Julián Carrión Arroyave, pues su mesada se encuentra suspendida hasta tanto acredite sus estudios; y que dicho beneficiario a la fecha acredita la edad de 22 años.

Por su parte, **DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE** (fls. 101 a 103 del archivo 2019-597 CON SENTENCIA) contestó a través de Curador Ad Litem, quien señaló que se atenía lo que resultara probado, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y la prescripción propuestas por COLPENSIONES, tampoco prospera la denominada improcedencia de condena en costas a COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR que a la actora le asiste el derecho al acrecimiento de su mesada pensional en un 100% de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, señor Darío Carrión, acaecido el 03 de junio de 2009, y cuyo monto corresponde al salario mínimo legal mensual vigente de cada año.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante, la suma de \$35'959.459, por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 1°

Demandante: **MARLENE PRIETO DE CARRIÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE.**

de septiembre de 2015 y el 30 de junio de 2022. Dicho reajuste debe reconocerse debidamente indexado al momento de hacerse efectivo su pago.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES pagar a la demandante a partir de julio de 2022, una mesada pensional por valor de \$1'000.000, que corresponde al salario mínimo legal vigente en este año, y en adelante con los reajustes legales y la mesada adicional que se cause.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para descontar del valor del reajuste de mesadas reconocido a la demandante, el porcentaje que corresponda con destino al sistema de seguridad social en salud.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$2'000.000 M/Cte.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que COLPENSIONES a partir de septiembre de 2015 suspendió el porcentaje de la pensión de sobrevivientes que estaba reconociendo a DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE como consecuencia del cumplimiento de la mayoría de edad; que este no acreditó estar estudiando para considerar que tenía a su favor el derecho prestacional; que el destino lógico ante el fallecimiento de tal beneficiario es acrecentar la mesada pensional en un 100% a la actora; que el valor del retroactivo al 30 de junio de 2022 equivale a \$35'959.459; que a partir del 01 de julio de 2022 se debe reconocer una mesada pensional equivalente a un salario mínimo; que las condenas se deben reconocer debidamente indexadas; y que no operó prescripción, ya que, el 22 de febrero de 2018 se interrumpió tal fenómeno, y se demandó dentro de los tres años siguientes.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver lo siguiente:

¿Hay lugar a acrecentar en un 50% la pensión que inicial le fue reconocido a la demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Acrecimiento de la Pensión de Sobrevivientes.

La figura del acrecimiento pensional se configura cuando el beneficiario de una pensión de sobrevivientes tiene el derecho compartido con otros beneficiarios y su mesada pensional se ve aumentada como consecuencia del fallecimiento, expiración o pérdida del derecho de otro de los beneficiarios (CSJ SL1803-2018 reiterada en la CSJ SL2131-2021).

Lo dicho se acompasa con el artículo 8° del Decreto 1889 de 1994 que dispone que la pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, en un 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales; y que cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

Así mismo, CSJ SL9003-2016 señaló que es dable inferir que ante la falta de acreditación de la calidad de estudiante de un hijo beneficiario es posible acrecer la pensión de sobrevivientes de los demás beneficiarios de la prestación.

Demandante: **MARLENE PRIETO DE CARRIÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE.**

Teniendo en cuenta los anteriores derroteros, se encuentra que no existe discusión en cuanto a que a la demandante y a DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE le fue reconocida una pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 50% a favor de cada uno de ellos, como consecuencia del fallecimiento del señor Darío Carrión a partir del 03 de junio de 2009, por demás que ello se acreditó con las Resoluciones 035092 del 22 de noviembre de 2010 y SUB 44353 del 21 de febrero de 2018 (fls. 11 a 15 y 18 a 24 del archivo 2019-597 CON SENTENCIA); sin embargo, a través del último acto administrativo se hizo mención que se encontraba suspendido el porcentaje reconocido a favor de DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE por cuanto había cumplido la mayoría de edad.

Al respecto, ciertamente se observa que DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE cumplió la edad de 18 años el 26 de agosto de 2015, tal y como se colige de la documental obrante a folios 9 y 10 del archivo 2019-597 CON SENTENCIA; por lo que, era pertinente dejar en reserva el porcentaje del 50% a partir de tal fecha hasta tanto se allegara a la entidad certificados que pudieran acreditar su calidad de estudiante conforme a los parámetros dispuestos en la Ley 1574 de 2012.

Sin embargo, y dado que el artículo 8° del Decreto 1889 de 1994 establece la posibilidad de acrecer la pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge o compañera permanente a falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, era dable reconocer la prestación en un 100% a favor de la accionante, quien como quedó visto disfrutaba de un 50% de la prestación en su calidad de cónyuge del causante; recuérdese que conforme a lo expuesto por CSJ SL1803-2018 si bien el disfrute de la pensión de sobrevivientes puede estar dividido entre diferentes beneficiarios, responde a un mismo y único derecho, por lo que al no acreditarse la condición de hijo estudiante por parte de DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE, perdió su calidad de beneficiario, y por ende la pensión se debió acrecentar a favor de MARLENE PRIETO DE CARRIÓN. Por tanto, la sentencia en este sentido se CONFIRMARÁ.

Fecha de Reconocimiento de la Prestación, Prescripción, Valor de la Mesada y del Retroactivo, e Indexación.

El derecho a acrecentar la pensión se causó a partir del momento en que DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE se extinguió su calidad de beneficiario, lo que como quedo visto ocurrió con el cumplimiento de la mayoría de edad, esto es, el 26 de agosto de 2015; por lo que era a partir de tal data que se debió acrecentar el porcentaje de la demandante, sin embargo, y como quiera que el A Quo tuvo como **fecha de reconocimiento pensional** el 01 de septiembre de 2015, calenda más benéfica a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* tal condena no se modificará.

En cuanto a la **prescripción**, encuentra la Sala que el 22 de febrero de 2018, la demandante solicitó el acrecimiento de su pensión (fls. 25 a 31 del archivo 2019-597 CON SENTENCIA), y que el 05 de septiembre de 2019 impetró demanda (fl.45 del archivo 2019-597 CON SENTENCIA); por lo que, es claro que con la petición se logró interrumpir el fenómeno en estudio, y que luego de ello, se demandó dentro de los tres años siguientes, de modo que no operó la excepción de prescripción.

Así las cosas, es dable el reconocimiento de la prestación desde el 01 de septiembre de 2015, el que conforme a la sentencia del *A Quo* corresponde a un **valor inicial** de un salario mínimo, rubro que no puede ser disminuido en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, así como tampoco aumentado en razón del principio de la *no reformatio in pejus*, de modo que se confirmará.

En lo que respecta al **retroactivo**, conforme las siguientes operaciones de rigor tenemos que el valor objeto de condena es el mismo resultante en esta instancia, por lo que se confirmará.

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	MESADAS	VALOR MESADA
2015	\$ 644.350,00	5	\$ 3.221.750,00
2016	\$ 689.455,00	13	\$ 8.962.915,00
2017	\$ 737.717,00	13	\$ 9.590.321,00
2018	\$ 781.242,00	13	\$ 10'156.146,00
2019	\$ 828.116,00	13	\$ 10'765.508,00
2020	\$ 877.803,00	13	\$ 11'411.439,00
2021	\$ 908.526,00	13	\$ 11'810.838,00
2022	\$ 1.000.000,00	6	\$ 6'000.000,00
			\$ 71'918.917,00
50% TOTAL			\$ 35'959.459,00

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00597 -01.

Demandante: **MARLENE PRIETO DE CARRIÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE.**

Finalmente, se considera acertada que la condena por concepto de **indexación**, puesto que el retroactivo aludido se ha visto sometido a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, por manera que se confirmará.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de julio de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

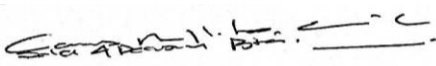
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00597 -01.
Demandante: **MARLENE PRIETO DE CARRIÓN.**
Demandado: **COLPENSIONES Y DEIVI JULIÁN CARRIÓN ARROYAVE.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00841 -01.

Demandante: **HERNANDO PARADA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de junio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que **HERNANDO PARADA GÓMEZ.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; que se tenga como si nunca hubiera estado afiliado a tal fondo; y que está inscrito en el régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a COLPENSIONES a aceptar al demandante; que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

traslade a COLPENSIONES los valores que reposan en su cuenta de ahorro individual.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (fls. 71 a 89 y 125 a 145 del archivo 2019-841) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.2. Llamamiento en Garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fls. 216 a 219 del 2019-841), quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción (fls. 292 a 306 del archivo 2019-841).

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del actor al R.A.I.S. administrado en su momento por la entidad pensiona hoy SKANDIA S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, según lo analizado.

Demandante: **HERNANDO PARADA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

TERCERO: DECLARAR que el actor se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validez vinculación sin solución de continuidad.

CUARTO: ORDENAR a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que se hubieren recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, si a ello hubiese lugar, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, ordenándose además devolver los gastos de administración que en su momento descontó y que deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio.

QUINTO: CONDENAR a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a devolver la prima pagada como contraprestación por el seguro previsional, valores que también deben ser devueltos a COLPENSIONES.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe a su favor SKANDIA S.A. y convalidarlos en la historia laboral del demandante para efectos de la densidad de cotizaciones a que haya lugar incluyendo dentro de esa devolución, como se indicó, los gastos de administración que recibió en su momento SKANDIA S.A.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y SKANDIA S.A. En firme esta sentencia, por Secretaría, practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000

NOVENO (sic): NO IMPONER condena en costas a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

4. Argumentos de las Recurrentes.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. señaló que las sumas adicionales de las aseguradoras sólo están a cargo de estas, y únicamente se deben reconocer cuando con los dineros aportados no se alcanza a pagar una pensión de invalidez o de sobrevivientes; que en este caso no se reconoce una prestación de invalidez o de sobrevivencia, por lo que, no se debe incluir ningún tipo de suma adicional; que no es dable reconocer gastos de administración, puesto que los valores a pagar según la ley son los valores que hacen parte de la cuenta de ahorro individual, aspecto que se encuentra acorde con el criterio de la Superintendencia Financiera; y que los anteriores valores no se encuentran a disposición de la A.F.P., fueron debidamente destinados conforme a ley, por demás que es objeto de prescripción.

Por su parte, **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** adujo que la devolución de primas pagadas por la que es objeto de condena en ningún momento fue objeto de debate en el asunto; que en las condiciones contractuales no se pactó este riesgo, máxime cuando no ha operado el siniestro, y ha actuado de buena fe; que la decisión del A Quo sólo implica que el fondo privado no cumplió con su deber de información, por ende, es

Demandante: **HERNANDO PARADA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

esta quien debe pagar los emolumentos que se le impusieron a la aseguradora, según criterio de la Corte Suprema de Justicia e incluso de diversos tribunales superiores de distrito judicial.

Finalmente, **COLPENSIONES** expresó que no es dable el reconocimiento en costas, por cuanto fue codemandada, y es la entidad que va administrar la situación pensional del demandante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, COLPENSIONES y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.? y. ¿Es dable ordenar a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. devolver los valores pagados por concepto de seguro previsional?

Tesis

Revocar parcialmente y modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de enero de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 35 y 36 del archivo 2019-841; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Pensionar hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 06 de abril de 1995 (fl.40 del archivo 2019-841).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para

el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 40 del archivo 2019-841 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 06 de abril de 1995 con Pensionar hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario*

Demandante: **HERNANDO PARADA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Parada Gómez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (06 de abril de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el fondo privado le manifestó que el I.S.S. estaba muy mal, y que su pensión sería más robusta en el R.A.I.S.; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben

Demandante: **HERNANDO PARADA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Llamamiento en Garantía.

Al respecto, encuentra la Sala revisado el plenario que a folios 221 a 232 del archivo 2019-841 obran pólizas Nos. 92014070000002 y 9201411900149 cuyo tomador es SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con un tipo de contrato por seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.

Al punto, ha de recordar esta Sala que el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece *“Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”*; lo que implica que las pólizas arriba referidas sólo se activan para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que la aseguradora no tiene la obligación de cubrir condena alguna derivada de la presente *litis*.

Adicionalmente, y como quedó visto la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las A.F.P. del R.A.I.S., en este caso de SKANDIA ADMINISTRADORA DE

Demandante: **HERNANDO PARADA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por lo que se REVOCARÁ el numeral quinto de la sentencia, y en su lugar se ABSOLVERÁ a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra en el llamamiento en garantía.

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de COLPENSIONES, se considera que es dable que tal entidad asuma tal carga.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Demandante: **HERNANDO PARADA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **REVOCAR el numeral quinto** de la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra en el llamamiento en garantía.

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

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

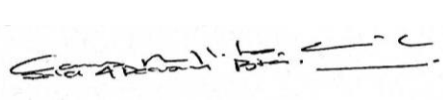
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00786 01.

Demandante: **PATRICIA JARAMILLO VILLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio de 2022, en proceso ordinario laboral que **PATRICIA JARAMILLO VILLA** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y la recurrente.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de la AFP Porvenir S.A., así como la realizada posteriormente a Protección S.A. y como consecuencia de ello se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, sin descuento alguno por concepto de manejo de la cuenta.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Fls. 136 a 164 archivo 2019-786), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Fls. 165 a 236 archivo 2019-786), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (Fls. 249 a 294 archivo 2019-786), presentó oposición a las pretensiones de la acción, así como excepciones de mérito, entre las que propuso la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, e improcedencia de devolver gastos de administración propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora PATRICIA JARAMILLO VILLA identificada con la C.C. 51.550.269, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuado a través de PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora JARAMILLO VILLA, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

Demandante: **PATRICIA JARAMILLO VILLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la señora JARAMILLO VILLA, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados efectuados por las otras AFP'S (SIC), todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, ordenándose a demás devolver los gastos de administración que en su momento descontó y que deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., devolver los gastos de administración y demás comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberán ser devueltos a fin de ser trasladados a COLPENSIONES, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante las administradoras PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., y convalidarlos en su historia laboral.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, es decir COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., por la suma de \$900.000 M/Cte.

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES...

4. Argumentos de la recurrente.

PORVENIR S.A. indicó que, cumplió a cabalidad con el deber de información conforme a la normativa vigente para el momento del traslado, lo cual se acredita suficientemente con el formulario de afiliación que fue suscrito de manera libre y voluntaria y que era la única prueba exigida por la ley para demostrar la información que se le dio a la demandante al momento de su traslado y, el exigirle a esa AFP una prueba diferente sería obligarla a lo imposible.

Indicó que, la Corte Constitucional en sentencia SU 130 del 2010 explicó que la Ley 100 de 1993 estableció el sistema de seguridad social bajo dos regímenes pensionales solidarios y excluyentes pero que coexisten, cada uno de los cuales presenta unas características y sus condiciones se encuentran establecidas en la ley, sin que las partes puedan pactar condiciones diferentes a las previstas en la norma, luego, en este escenario la demandante debía conocer la información que le permitió trasladarse de régimen pensional, sin que pueda aducir que Porvenir S.A. abusó de la posición dominante y sin que esté relevada de demostrar las circunstancias

que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993, máxime cuando le asiste el deber de conocer la ley a voces del artículo 13 de la Constitución Nacional, por lo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

En caso de confirmarse la sentencia apelada, solicitó en forma subsidiaria, se le absuelva de la condena de devolución de gastos de administración y seguros previsionales – cuotas de la aseguradora, como quiera que este es un descuento autorizado por la ley, como consecuencia de la buena administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta de ahorro individual de la actora, que se vio materializado en incrementar el saldo de esta cuenta generando rendimientos financieros inclusive por encima del mínimo establecido por la Superfinanciera, adicionalmente, señaló que la remisión de estos gastos a Colpensiones conlleva a un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, máxime cuando el literal b) artículo 113 de la Ley 100 menciona cuáles son los dineros que se trasladan cuando existe un cambio de régimen, dentro de los cuales no se encuentran incluidos los gastos de administración, lo que demuestra que estos no financian la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para aumentar el capital existente en su cuenta, además también se desconoció el artículo 20 de la Ley 100, puesto que de haber permanecido en el RPM también se hubiera hecho descuentos para financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

Finalmente, solicitó compensar estos gastos de administración y/o indexaciones a cualquier título, con los rendimientos financieros especialmente los que exceden el mínimo establecido en la ley y que se causaron en el RAIS, pues, si el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer todo a su estado inicial no hay motivo para que estos se hubieran causado en el RPM.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A. y los que posteriormente realizó de manera horizontal a otras AFP del RAIS?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00786 01.

Demandante: **PATRICIA JARAMILLO VILLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de junio de 1984 presenta aportes en tal régimen (fl. 37 y 156 archivo 2019-786); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 19 de julio de 1995 (fl. 50 y 215 archivo 2019-786) y luego efectuó traslados entre AFP del RAIS a Horizonte S.A. (hoy Protección S.A.), nuevamente a Porvenir S.A., luego a ING (hoy Protección S.A.) y finalmente regresó a Porvenir S.A. (fl. 51 a 53, 214, 216 a 218 y 267 archivo 2019-786).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 50 y 215 del archivo 2019-786, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de julio de 1995 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Jaramillo Villa se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de julio de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, memorando que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que las características, requisitos y condiciones de cada uno de los regímenes pensionales se encuentran establecidos en la Ley 100 de 1993 y que por ello la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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., por lo que no de posible acceder a los pedimentos de Porvenir S.A. en su recurso, respecto de la compensación de los gastos de administración y los rendimiento generados en la cuenta de ahorro individual de la actora; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se **ADICIONA el numeral quinto**, para disponer que **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00786 01.

Demandante: **PATRICIA JARAMILLO VILLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **PATRICIA JARAMILLO VILLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – 1.1. MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

1.2. ADICIONAR el numeral quinto de la providencia apelada, para disponer que **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

1.3. DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00786 01.
Demandante: **PATRICIA JARAMILLO VILLA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., 31 de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a favor de **AURELIANO SANTIAGO VACA** contra la sentencia proferida por Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que adelanta **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA** contra el beneficiario de la consulta.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La aseguradora pretende del demandado que a restituir la suma de \$8.704.624 pesos por concepto de mesadas pensionales pagadas por concepto de pensión de jubilación, las cuales no eran compatibles con las recibida por el actor por pensión de vejez reconocida por Colpensiones, sumas que deberán ser indexadas y el pago de costas procesales.

Como fundamento de su pedimento relató que el 7 de diciembre de 2012 entre la Empresa de Teléfonos de Bogotá – ETB y la demandante, se suscribió un convenio de conmutación pensional para dicha entidad siguiera cubriendo las mesadas pensionales de sus jubilados con expectativa de pensión, jubilados totalmente por la empresa, beneficiarios

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2016-00449-01.
Demandante: Aureliano Santiago Vaca
Demandado: Positiva Compañía de Seguros SA

vitalicios y temporales, en el que se incluyó un aproximado de 3.859 beneficiarios entre los que se encontraba el demandado, a quien se le reconoció una pensión de jubilación compartida con la pensión de vejez, estando a cargo solo el mayor valor si lo hubiera; es así como Colpensiones le reconoció tal derecho desde el mes de junio de 2015, sin embargo la demandante le pagó el valor de la mesada completa, por lo que se generó un doble pago por el mismo concepto que debe ser reintegrado (fl. 3 a 10 *expedienteproceso*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

El demandado, a través de curador *ad litem*, manifestó que no le consta ningún hecho de la demanda, no se opuso a las pretensiones, ni tampoco propuso excepciones (fl. 96 a 97 *expedienteproceso*).

2.3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

RESUELVE

PRIMERO: Ordenar al señor **SANTIAGO VACA AURELIANO**, identificado con CC 19.308.989 a reintegrar a favor de la demandante **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA** con NIT 860.011.153-6 la suma de **OCHO MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS MCTE (\$8.704.624.00)** por concepto de mesadas pensionales adicionales pagadas por dicha entidad, para el periodo de 2015, debidamente indexadas al momento de materializarse el pago.

SEGUNDO: **ABSOLVER** al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme las consideraciones anotadas en la parte motiva.

TERCERO: Envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta

CUARTO: sin costas en esta instancia

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS.

Sin recursos, se ordena remitir en CONSULTA

La Juez,


LEIDA BALLÉN FARFÁN

Al momento de notificar la sentencia, ninguna de las interpuso recurso de apelación, por lo que se envió el expediente a esta judicial para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de noviembre de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, mediante auto de 18 de febrero de 2023 se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora para solicitar la confirmación de la sentencia.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio de la consulta a favor del demandado.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿El viable ordenar el reintegro de los dineros recibidos por el demandado por conceptos de mesadas pensionales no compartidas?

Tesis

Se confirmará la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la compartibilidad pensional

No fue motivo de controversia en esta instancia los siguientes supuestos fácticos: i) que el 7 de diciembre de 2012, entre la demandante y la ETB se suscribió convenio de conmutación pensional para que primera reconozca y pague a los jubilados con expectativa de pensión, jubilados totalmente por la empresa, beneficiarios vitalicios y temporales, el valor de sus mesadas pensionales con cargo a la ETB, ii) que el demandando hacía parte de esos beneficiarios como pensionado de jubilación compartida desde

el 13 de abril de 2006. iii) que Colpensiones le reconoció la pensión legal de vejez mediante Resolución GNR 99160 del 8 de abril de 2015 a partir del 1 de julio de 2014 con una mesada inicial de \$4.771.184,00, iv) que la demandante liquidó el valor de las mesadas recibidas por el demandado de forma simultánea con Colpensiones por valor de \$8.704.624,00, sin que el demandado se haya allanado a su pago.

Conforme con lo anterior, a efecto de resolver el problema jurídico planteado, es necesario precisar, tal como se dejó visto en precedencia, que la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandado por parte de la ETB S.A. E.S.P., luego, conmutada por intermedio de la demandante, Positiva Compañía de Seguros SA, es indudablemente de carácter extralegal y así mismo compatible con la de vejez que eventualmente pueda ser otorgada por Colpensiones.

En efecto, con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, las pensiones convencionales son, en principio, compartibles con las legales que reconoce el ISS, hoy Colpensiones, salvo que las partes de la negociación colectiva pacten lo contrario.

Igualmente, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que regula la situación de la accionante pues su prestación extralegal se concedió a partir del 13 de abril de 2006, prevé lo siguiente: *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2016-00449-01.
Demandante: Aureliano Santiago Vaca
Demandado: Positiva Compañía de Seguros SA

en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

Sobre este tema en Particular la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL517-2020, indicó: «Es preciso aclarar que la compartibilidad pensional opera por ministerio de la ley, en aquellos eventos en que el derecho pensional se estructure (...) con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, normatividad que consagró la compartibilidad de pensiones de carácter extralegal con las de vejez que llegare a reconocer el ISS Así, resulta prístino y pacífico en la jurisprudencia de esta Corporación que las pensiones de origen extralegal causadas antes del 17 de octubre de 1985 son, por regla general, compatibles con las que reconozca el ISS y, contrario sensu, serán compartidas con el Instituto si se causan después de esa data y no existe pacto expreso en contrario».

3.2. Del caso concreto

Aplicadas tales nociones al caso de marras, evidencia la Sala que, al tratarse de una pensión de jubilación con carácter compartido, la ETB a través de la demandante está en la obligación de cubrir solo el mayor valor de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, por lo que, de acuerdo con la liquidación aportada por la actora, se evidencia que pagó dos mesadas completas en el 2015, cuando solo debía asumir el mayor valor:

Fecha de Reconocimiento Pensión de Jubilación (ETB):13 de abril de 2006
Fecha de Reconocimiento Pensión de Vejez (Colpensiones):1 de julio de 2014
Fecha Nacimiento:1 de julio de 1954

Año	Valor Mesada ETB (Hasta el 31/08/2013) POSITIVA (A partir del 01/09/2013)	Valor Mesada Reconocida por COLPENSIONES	VALOR MESADA POR COMPARTIBILIDAD
2014	\$ 5.538.097	\$ 4.771.184	\$ 766.913
2015	\$ 5.740.791	\$ 4.945.805	\$ 794.982

PERIODO INGRESO NOMINA COLPENSIONESabr-15

PERIODO NOVEDAD DE COMPARTIBILIDAD NOMINA POSITIVAjun-15

CONCEPTO	Mesada Ordinaria		Mesada Adicional		Total
	Nro.	Valor	Nro.	Valor	
POSITIVA (Posterior al 01/09/2013)	0	\$ -	0	-	-
POSITIVA 2015	2	\$ 9.891.519	0	-	9.891.519
Subtotal					9.891.519
Discto. Salud Positiva					-1.186.994
Valor Total a cargo del Pensionado					8.704.524

Valor a favor POSITIVA

8.704.524

NOTA:

De conformidad con el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el pensionado debe cancelar el total del aporte por salud a partir de la fecha en que cumplió la edad reglamentaria para obtener la pensión de vejez, en razón de que ETB - POSITIVA en dicho periodo lo pagó por él.

Liquidó:
Lourdes Pachón Zamudio
Abogada Gerencia Indemnizaciones

Aprobó:
Sonia Esperanza Rentería
Gerente de Indemnizaciones

Así las cosas, es claro que el *a quo* acertó al condenar al demandado a reintegrar dichos valores, por lo que sin más elucubraciones se confirmará en su totalidad el fallo consultado. No hay lugar a estudiar ninguna excepción por cuanto no fueron propuestas.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** en todas sus partes el fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

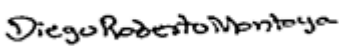
SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

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

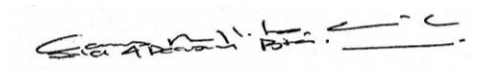
Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2016-00449-01.
Demandante: Aureliano Santiago Vaca
Demandado: Positiva Compañía de Seguros SA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00230 01.

Demandante: **MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de enero de 2022, en proceso ordinario laboral que **MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare nula la afiliación por ella efectuada a Colfondos S.A. y como consecuencia de ello se declare que continúa afiliada a Colpensiones.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00230 01.

Demandante: **MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Fl. 124 a 146 Archivo 1), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (Fls. 156 a 171 Archivo 06), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ identificada con C.C N 52.014.526, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS SA, PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT N° 800.149.496-2, realizado el día 14 de agosto de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ identificada con C.C N 52.014.526, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 12 de agosto de 1994, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **COLFONDOS SA, PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT N° 800.149.496-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ identificada con C.C N 52.014.526, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones principales incoadas en su contra, incluyendo la pretensión subsidiaria.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLFONDOS S.A. indicó que resulta imposible que esa AFP devuelva un bono pensional cuando no se encuentra acreditado ni redimido en la cuenta de ahorro individual de la demandante, máxime cuando es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien tiene el bono pensional de la actora y no ha llegado la fecha para su redención.

Frente a la devolución de los gastos de administración, indicó que el descuento de este concepto tiene su sustento jurídico en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y Colfondos S.A. ha cumplido a cabalidad con la labor encomendada y su deber legal de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante y gracias a ello se produjeron rendimientos en dicha cuenta, los cuales incrementan el capital ahorrado.

Adujo que se están desconociendo las restituciones mutuas como quiera que se causaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y la demandante, quienes estarían gozando y usufructuándose de unos dineros que no trabajaron y de una característica propia del RAIS.

Finalmente, y en caso de que la sentencia se confirme, solicitó absolver de la condena a devolver los dineros de manera indexada, pues dicha actualización monetaria no se pretendió con la demanda, ni se planteó en su contestación, con lo que ello no fue objeto del debate probatorio.

Por su parte, **COLPENSIONES** manifestó que, para la fecha de afiliación de la demandante a Colfondos S.A. la normatividad aplicable era a Ley 100 de 1993, la cual disponía que esa aceptación libre, expresa e informada de un afiliado para trasladarse de régimen se materializaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo que en este caso se dio, como se deriva de ese documento suscrito por la demandante y que hasta el año 2016 los fondos privados contaban únicamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para demostrar el conocimiento y asentimiento del afiliado del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente a ese

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00230 01.

Demandante: **MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS y es por ello que imponer leyes adicionales a las vigentes para la época del traslado, constituye una situación de carácter imposible.

Indicó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia interpreta de manera “errónea” el artículo 1604 del Código Civil invirtiendo de manera desproporcional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que esa responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige a la demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio de consentimiento al momento de esa afiliación al RAIS y obliga que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en cabeza de la AFP, sin que exista un menor esfuerzo procesal por parte del demandante.

Reitera que para la fecha del traslado solo se exigía ese formulario de afiliación para acreditar que se brindó la información necesaria a la demandante y no se exigía documento distinto, por lo que la AFP Colfondos S.A. cumplió con la carga de la prueba en este asunto al aportar ese documento.

Manifestó que, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, en virtud del principio de confianza legítima y el debido proceso.

Expuso que, Colpensiones, sin haber participado en el trámite del traslado debe afrontar la carga de una posible prestación a favor de la demandante en un futuro, además que al momento de proferirse la sentencia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, teniendo en cuenta que Colpensiones es un tercero en este asunto y los actos jurídicos en principio solo deben tener efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de esa celebración de tales actos solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo que debe tenerse en cuenta que Colpensiones no puede ser ni favorecida ni perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y Colfondos S.A.

Finalmente señaló que las características, condiciones y modalidades pensionales propias del RAIS están consignadas en la ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto, no es dable alegar la ignorancia de la ley como excusa.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 12 de agosto de 1994 presenta aportes en tal régimen (fl. 28 y 195 archivo 1 y archivo 4); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 14 de agosto de 1998 (fl. 31 y 170 archivo 1).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00230 01.

Demandante: **MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 31 y 170 del archivo 1, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 14 de agosto de 1998 con la AFP COLFNDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Jaramillo Sánchez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (14 de agosto de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, sin que se esté obligando al fondo privado a allegar documento adicional al formulario de afiliación, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Colpensiones en su recurso, referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Ahora bien, frente a lo argüido por Colpensiones respecto del principio de la relatividad jurídica, ha de señalarse que este es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Colfondos S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

² Ibídem.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00230 01.

Demandante: **MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **COLFONDOS S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

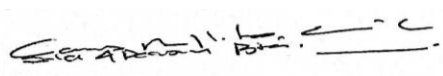
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00230 01.
Demandante: **MÓNICA LUCÍA JARAMILLO SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2020-00090 -01.

Demandante: **FRANCY NELLY LÓPEZ OROZCO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 19 de mayo de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **FRANCY NELLY LÓPEZ OROZCO** adelanta contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A., así como sus traslados posteriores a Colmena Pensiones y cesantías hoy PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES sus aportes y rendimientos; y que COLPENSIONES la acepte en el régimen de prima media.

Demandante: **FRANCY NELLY LÓPEZ OROZCO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A. COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.** (fls. 114 a 132 del archivo 01, archivos 02 y 03) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La última, también propuso la de compensación.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definido administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrador por PORVENIR S.A., realizado el día 07 de septiembre de 1997.

SEGUNDO. - DECLARAR válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES desde el 29 de enero de 1991 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO. - CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO. - ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO. – Sin costas en esta instancia.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. adujo que si bien debía brindar información no tenía la obligación de dejar un soporte documental de esta, siendo el único documento exigido el formulario de afiliación; que dicho documento es auténtico y no fue objetado por la contraparte; que en interrogatorio de parte

Demandante: **FRANCY NELLY LÓPEZ OROZCO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

se logra extraer que se informó a la actora características del R.A.I.S.; que el fondo estaba imposibilitado para rechazar la solicitud pensional; que no se valoraron los actos de relacionamiento, pues se realizaron aportes de forma continua por más de 20 años, y no hizo uso del derecho de retracto; que no es dable retornar gastos de administración, pues consecuencia de su buena gestión se incrementó la cuenta de ahorro individual de la actora, generando bondadosos rendimientos financieros, por demás que no están destinados a cubrir la pensión, y no existe obligación jurídica que imponga su devolución; y que no es dable reconocer los rubros impuestos por la A Quo indexados, ya que, están inmersos en los rendimientos.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que a través de la firma del formulario de afiliación se plasmaba la voluntad libre, espontánea y sin presiones del afiliado de permanecer en el R.A.I.S.; que para la época del traslado no había nacido el deber de una doble asesoría, no siendo dable imponer obligaciones no incluidas dentro del ordenamiento jurídico vigente, pues esto estaría en contravía de la confianza legítima; que no participó en el trámite del traslado y aun así es quien debe soportar la carga de la prestación, es un tercero, y por ende las consecuencias de la ineficacia sólo puede afectar a las demás partes; que para la época del traslado el único documento exigible del traslado pensional era el formulario de afiliación; que la actora estaba inmersa en la prohibición legal de traslado, lo que se sustenta en el principio de sostenibilidad financiera; y que se deben retornar todos los valores pagados por la demandante a los fondos privados.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella

Demandante: **FRANCY NELLY LÓPEZ OROZCO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 29 de enero de 1991 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en la carpeta 02; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 07 de agosto de 1997 (fl.15 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede

demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

Por otra parte, y en lo que referente a actos de relacionamiento, CSJ SL6588-2021 ha expuesto que si bien se ha considerado que ciertos actos como solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse como una señal nítida del deseo de la persona de realizar una afiliación o de desafiliarse del régimen, esto no es lo que caracteriza ni lo que se discute en las acciones de inejecución; que esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría; y que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos, si el afiliado no pudo acceder a su derecho básico de obtener una información suficiente la consecuencia, es la inejecución del traslado.

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 15 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 07 de agosto de 1997 con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre,

espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora López Orozco se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (07 de agosto de 1997) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes charlas hablaron de su misión, visión, que su cuenta generaría rendimientos, que eran la mejor opción, que lo público- I.S.S.- se acabaría, que se podía pensionar antes en el R.A.I.S. y que existía la posibilidad que le devolvieran su dinero; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Colmena Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de febrero de 2000 y PORVENIR S.A. el 27 de febrero de 2003 (fls.15 y 16 del archivo 01), es de anotar que la

misma no suple la obligación primigenia que tenía Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 1997 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A.

Demandante: **FRANCY NELLY LÓPEZ OROZCO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, aportes adicionales, rendimientos, comisiones y gastos de administración debidamente indexadas, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, y aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PROTECCIÓN S.A., debe devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **FRANCY NELLY LÓPEZ OROZCO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, aportes adicionales, rendimientos, comisiones y gastos de administración debidamente indexadas, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, y aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

ADICIONA el aludido numeral en el sentido de establecer que **PROTECCIÓN S.A.** debe devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2020-00090 -01.

Demandante: **FRANCY NELLY LÓPEZ OROZCO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

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

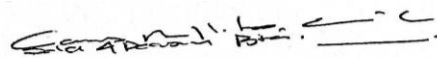
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2017 00704 01.

Demandante: **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO** adelanta contra **COLFONDOS S.A.**, la **UGPP** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del traslado y afiliación realizada a Colfondos S.A. y como consecuencia de ello se le ordene trasladar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos; y a esta última a activar la afiliación, aceptar el traslado y reconocer la pensión de vejez.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2017 00704 01.

Demandante: **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 10 y 11), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (Archivos 12 y 13), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Mediante auto del 15 de marzo del 2019 (archivo 15), se dispuso la vinculación de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, entidad que presentó contestación a la acción (archivo 17), oponiéndose a las pretensiones incoadas, proponiendo en su defensa, entre otras, la excepción de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO** el 30 de julio de 1999 al régimen de ahorro individual, con fecha de efectividad a partir del 1º de septiembre de la misma anualidad, por intermedio de **COLFONDOS S.A.**; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -*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 nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO**. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Demandante: **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: ABSTENERSE de efectuar estudio respecto de la pensión de vejez reclamada, conforme con lo motivado.

QUINTO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: ABSOLVER a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP** de las pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: DECLARAR probada la excepción de imposibilidad de ordenar el traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y como no probadas las demás excepciones propuestas por **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y la **UGPP**, conforme a lo motivado.

OCTAVO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la **AFP COLFONDOS S.A.** y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de **COLPENSIONES** y la **UGPP**.

NOVENO: CONSÚLTESE esta decisión **CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de **COLPENSIONES**.

4. Argumento de la recurrente.

COLPENSIONES señaló que la demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio para el año de 1999, habiendo transcurrido más de 20 años, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo.

Señaló que el deber de información sólo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2017 00704 01.

Demandante: **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

informado, por cuanto las leyes que surgieron entre los años de 1993 y 2014 no exigían nada diferente al formulario de afiliación donde constaba la intención de querer pertenecer al RAIS, siendo el caso de la demandante, quien suscribió el formulario y realizó el traslado para el año de 1999 con la AFP Colfondos S.A.

Manifestó que, en caso de confirmarse la sentencia apelada, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como quiera que no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP no reintegre los recursos.

Finalmente, solicitó no ser condenada en costas, al no haber participado en el acto que se presume ineficaz y al ser un tercero que se le causa un daño por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2017 00704 01.

Demandante: **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 13 de junio de 1981 presenta aportes a tal régimen a través de la otrora Cajanal (fl. 24 archivo 02 y fl. 6 archivo 52); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 30 de julio de 1999 (fl. 1 archivo 13).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 1 del archivo 13, se avizora el formulario de afiliación que la demandante

suscribió el 30 de julio de 1999 con la AFP COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora García Murillo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de julio de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra obtenerse una confesión tendiente a acreditar que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar, sin que se esté exigiendo allegar documentos adicionales al formulario de afiliación o que al mismo se le esté restando valor probatorio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la

demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo que acertada resulta la decisión proferida en primera instancia.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2017 00704 01.

Demandante: **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

De otro lado, debe señalarse que en la sentencia apelada se concedió el término de un (1) mes para que Colfondos S.A. cumpla la misma y traslade los conceptos allí señalado a Colpensiones, por lo que no hay lugar a condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de esta entidad.

Finalmente, frente a las costas impuestas a Colpensiones, estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada, atendiendo las razones expuestas en este proveído.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2017 00704 01.

Demandante: **LUZ MARINA GARCÍA MURILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

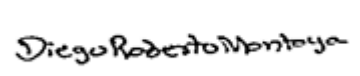
SEGUNDO. –Sin costas en esta instancia.

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

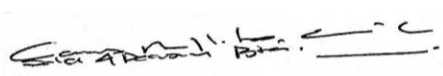
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00352 -01.

Demandante: **MARIO DE JESÚS VALENCIA OSSA.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **MARIO DE JESÚS VALENCIA OSSA** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 28 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **AVIANCA S.A.** y **SERVICOPAVA**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con AVIANCA S.A. entre el 25 de enero de 2008 y el 27 de noviembre de 2017; que la terminación de la relación laboral efectuada por SERVICOPAVA se tenga por no escrita; que gozaba de estabilidad laboral reforzada; y que las demandadas son solidariamente responsables de las condenas que se imponga. Como consecuencia de lo anterior solicita el pago de prestaciones sociales y aportes a seguridad social en igualdad de condiciones que los trabajadores de SERVICOPAVA; su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir; indemnización moratoria o en subsidio indexación e intereses moratorios.

Demandante: **MARIO DE JESÚS VALENCIA OSSA.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

Subsidiariamente, pretende el pago de indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 25 de enero de 2008 suscribió convenio de asociación con SERVICOPAVA para prestar sus servicios de Auxiliar de Servicios en Tierra en AVIANCA S.A.; **2)** El 27 de noviembre de 2017, SERVICOPAVA dio por terminado el convenio de asociación, con efectos a partir del 30 del mismo mes y año; fecha para la que se encontraba desempeñando el cargo de Agente de Operaciones terrestres; **3)** Se encontraba bajo la continua subordinación de AVIANCA S.A.; **4)** Al momento de la terminación del contrato de trabajo se encontraba en estado de incapacidad por salud; **5)** Nunca recibió pago alguno por parte de AVIANCA S.A., y en igualdad de condiciones a los empleados de planta interna con las mismas funciones, por concepto de acreencias laborales, prestaciones sociales y/o seguridad social; y **6)** El 28 de noviembre de 2019 solicitó a AVIANCA S.A. reconocer su calidad de trabajador así como su reintegro, a lo que se emitió respuesta negativa el 20 de diciembre del mismo año.

2. Respuesta a la Demanda.

SERVICOPAVA (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó lo atinente a la suscripción de un convenio de asociación, así como la terminación de dicho convenio a partir del 30 de noviembre de 2017.

Adujo que el actor nunca fue contratado laboralmente por AVIANCA y que por el contrario, lo que se celebró fue un acuerdo cooperativo que fue aceptado por las partes voluntariamente; que de manera autónoma, independiente y autogestionaria, y conforme a la normatividad de cooperativismo, cubrió la totalidad de los procesos y subprocesos que no están contemplados dentro de la actividad misional de AVIANCA S.A. y en las etapas productivas de dicha empresa; y que como trabajador de la

Demandante: **MARIO DE JESÚS VALENCIA OSSA.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

cooperativa al actor se le reconocía compensaciones y los conceptos establecidos en los estatutos de esta,

Por su parte, **AVIANCA S.A.** (archivo 09) también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó lo referente a la reclamación que elevó el actor el 28 de noviembre de 2019, así como que emitió respuesta negativa.

Adujo que nunca celebró un contrato de trabajo con el demandante; que sostuvo una relación comercial con SERVICOPAVA en virtud de una oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos y administrativos, los que se prestaron a través de sus asociados, de acuerdo con la legislación vigente, contando tal cooperativa con plena autonomía técnica, administrativa y directiva; que no tuvo injerencia en las decisiones de SERVICOPAVA frente al actor; y que las labores desplegadas por el demandante son ajenas a su objeto principal de la sociedad

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que si bien se acreditó que el demandante prestó un servicio a AVIANCA S.A. como Auxiliar de Servicios de Tiempo y/o Agente de Operaciones Terrestres, y que la primera efectuó capacitaciones y suministró herramientas para el desarrollo de la labor del actor, lo cierto es que el demandante en interrogatorio de parte informó que todos los permisos los solicitaba a SERVICOPAVA, y el testigo compareciente señaló que las órdenes eran únicamente impartidas por personal de tal cooperativa y que SERVICOPAVA únicamente efectuaba una supervisión, con lo que se logró desvirtuar el elemento de la subordinación; y que al no lograrse la acreditación de un contrato de trabajo con AVIANCA S.A. no es dable acceder a las demás pretensión, pues se fundamentaron en la declarativa de tal relación laboral.

Demandante: **MARIO DE JESÚS VALENCIA OSSA.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** dijo que es posible declarar un contrato de trabajo entre el demandante y SERVICOPAVA, puesto que sí existió una subordinación, lo que se puede desprender de la totalidad del acervo probatorio; que dicha condena se podría realizar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* que les asiste a los juzgadores de instancia; y que por lo anterior, se deben imponer las condenas a SERVICOPAVA, pues gozaba de fuero de salud, siendo dable su reintegro.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por AVIANCA S.A. y la actora, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable considerar que el empleador de la demandante era SERVICOPAVA en virtud de las facultades *ultra y extra petita*?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Facultades ultra y extra *petita*.

En materia laboral, el legislador contempló la posibilidad de que el juzgador tuviera facultades ultra y extra *petita*; no obstante, dicha facultad únicamente la delegó en el juzgador de única y de primera instancia, puesto que el juzgador de alzada solo podrá acudir a ellas excepcionalmente, cuando la omisión del A Quo conlleve el desconocimiento de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021).

Igualmente, CSJ SL440-2021 explicó que el juzgador de segunda instancia no tiene competencia para resolver otros asuntos ajenos a la relación jurídico procesal y lo trazado por el demandante al momento de presentar su libelo introductor, así que debe observar estrictamente aquellas cuestiones controvertidas por las partes en el recurso vertical; lo dicho en virtud de los principios de congruencia y consonancia.

Descendiendo al caso en concreto, para la Sala es claro que la petición que plantea la impugnante es contraria a lo dispuesto por el legislador en materia procesal, pues las facultades ultra y extra *petita* que procura sean aplicadas en esta instancia están reservadas a los juzgadores de única y primera instancia, no siendo dable por parte de esta corporación dar aplicación de las mismas; nótese además que la demanda se cimentó en la posibilidad de declarar la existencia de un contrato de trabajo única y exclusivamente con AVIANCA S.A. siendo llamado SERVICOPAVA en solidaridad, por lo que, mutar tal pretensión podría vulnerar la defensa y contradicción que instituyeron tales demandadas, y por ende verse afectado el derecho fundamental al debido proceso.

Por lo anteriormente expuesto, y ante la imposibilidad de hacer uso de las facultades ultra y extra *petita* la Sala confirmará la sentencia de primer grado, máxime si se tiene en cuenta que con dicha decisión no se observa la afectación de derechos mínimos e irrenunciables del demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00352 -01.

Demandante: **MARIO DE JESÚS VALENCIA OSSA.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de julio de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

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

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

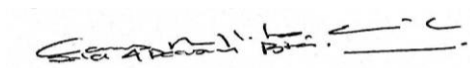
Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00352 -01.

Demandante: **MARIO DE JESÚS VALENCIA OSSA.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00049 -01.

Demandante: **JORGE HUMBERTO CASTIBLANCO.**

Demandado: **CENTAURUS MENSAJEROS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 02 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE HUMBERTO CASTIBLANCO** adelanta contra **CENTAURUS MENSAJEROS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare un contrato de trabajo a término indefinido que se encuentra vigente desde el 09 de enero de 2004; que la suspensión del contrato de trabajo es nulo; y que devengaba el salario mínimo legal, auxilio de transporte, y un canon mensual de \$410.000 para cada anualidad. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de salarios insolutos junto con \$410.000 por arriendo de moto, y auxilio de transporte, desde marzo de 2020; cesantías desde 2018; intereses a las cesantías causados por la mora superior a diez meses por el aporte del periodo de 2017, el rezago de 2018, 2019, 2020, y los que sigan causando; prima de servicios desde enero de 2019; vacaciones de la relación laboral indexada; sanción por falta de pago

Demandante: **JORGE HUMBERTO CASTIBLANCO.**

Demandado: **CENTAURUS MENSAJEROS S.A.**

de intereses a las cesantías; aportes a pensión, salud, y caja de compensación familiar desde el 01 de octubre de 2019; y sumas descontadas con destino a Foncolombia con sus intereses bancarios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

- 1)** Ingresó a laborar el 09 de enero de 2004 al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Mensajero Motorizado; **2)** Devengaba el salario mínimo, con un canon por arrendamiento de la moto para prestar el servicio, estableciéndose la suma de \$410.000 por tal concepto desde el 31 de enero de 2013; **3)** Fue asignado al Citibank; **4)** El 01 de febrero de 2017 le hicieron la última entrega de dotación; **5)** El 01 de febrero de 2020 se disminuyó el monto de la moto a \$340.000; **6)** Las cesantías de 2017 se pagaron el 14 de febrero de 2018, esto es, con una mora de más de diez meses; **7)** Al 01 de octubre de 2018 se presentan incumplimientos salariales y prestacionales por parte de la empresa, lo que se justifica en el embargo de cuentas bancarias realizado por la D.I.A.N.; **8)** El 30 de enero de 2020 el contrato con Citibank finaliza, por lo que es asignado a labores de mensajería motorizada con emplazamiento permanente en las oficinas administrativas de la empresa; **9)** A partir de la terminación del contrato con Citibank empieza una persecución laboral en su contra al entregársele entre 60 y 90 envíos en asignaciones incluso por fuera de la ciudad y localidades de alto riesgo, por demás que se le invita constantemente a presentar renuncia; **10)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende; **11)** El 13 de abril de 2020 vía whatsapp le fue comunicado la suspensión de su contrato de trabajo por la situación ocasionada por el Covid-19; misma fecha en la que solicitó las acreencias que se le adeudaban sin que se hubiere emitido respuesta alguna; **12)** El 17 de mayo de 2020 fue citado a la empresa; y **13)** El 18 de mayo de 2020 se les comunica que la empresa entró en estado de liquidación, por lo que, los contratos sería atendidos por el liquidador.

2. Respuesta a la Demanda.

CENTAURUS MENSAJEROS S.A. (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Demandante: **JORGE HUMBERTO CASTIBLANCO.**

Demandado: **CENTAURUS MENSAJEROS S.A.**

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 09 de enero de 2004 para que actor presta los servicios de Mensajero Motorizado; la remuneración equivalente a un salario mínimo; el pago tardío de las cesantías de 2017; que incurrió en varios incumplimientos como consecuencia de embargados efectuados por la D.I.A.N.; la terminación del contrato con el Citibank el 30 de enero de 2020, y como consecuencia el retorno del actor a prestar sus servicios en las instalaciones administrativas de la empresa; la falta de pago de las cesantías de 2018 a 2020; y la suspensión del contrato de trabajo el 14 de abril de 2020.

Adujo que la suspensión del contrato de trabajo se extendió únicamente hasta el 01 de septiembre de 2020 por fuerza mayor, dado que la pandemia generada por el Covid-19 generó que no se pudiera prestar el servicio temporalmente; que a pesar de las dificultades no adeuda salarios, auxilio legal de transporte, prima de servicios (excepto la del primer semestre de 2020), cesantías anteriores a 2018, vacaciones, aportes a seguridad social integral; que hizo descuentos a Foncolombia porque no realizó descuentos al trabajador, en virtud que dicho fondo señaló que el actor ya no se encontraba vinculado con ellos; y que los incumplimientos en que incurrió fueron consecuencia del proceso de reorganización al que se vio sometida.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 09 de enero de 2004 el cual se encuentra vigente.

SEGUNDO: DECLARAR que carece de todo valor y efecto la suspensión del contrato que efectuó la demandada del 14 de abril al 31 de agosto de 2020.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del demandante, los siguientes conceptos y rubros: cesantías, \$ 2.775.258, intereses a las cesantías, \$17.539, prima de servicios, \$378.538 y vacaciones, \$169.465

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la parte demandada.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia del contrato de trabajo existente desde el 09 de enero de 2004; que si bien se pactó entre las partes el reconocimiento de un canon de arrendamiento de la moto, esta relación contractual está regido por la normatividad civil, por demás que no se acreditó la periodicidad de tales pagos para efectuar a realizar su reconocimiento; que para que haya lugar a suspensión es necesario que se presente una de las causales previstas en la normatividad laboral; que la suspensión del contrato de trabajo del actor se fundamentó en un caso de fuerza mayor ocasionado por la pandemia generada por el Covid-19, sin embargo, las actividades de mensajería fueron actividades que se siguieron desplegando a nivel nacional; que por lo anterior, hay lugar a los rubros dejados de pagar durante el tiempo que perduró la suspensión del contrato; que durante dicho periodo se acreditó el pago de salarios y aportes a seguridad social integral; que aunado a lo anterior, no se acreditó el pago de cesantías de 2018 a 2020 y que no hay lugar a sanciones moratorias, pues estas no se solicitaron en la demanda y sólo se hizo mención de ellas en los alegatos de conclusión.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** manifestó que los salarios durante los meses de suspensión no se pagaron.

Por su parte, la **parte demandada** señaló que la suspensión del contrato se fundamentó en la fuerza mayor generada como consecuencia de la pandemia generada por el Covid-19, hecho de la naturaleza y frente al que se tomaron decisiones por parte del gobierno nacional; que las empresas de servicios especializadas como es el caso de la demandada tuvieron una afectación generada por la pandemia, ya que, integralmente las medidas de restricción no permitieron que se pudieran prestar los servicios, lo que sólo se pudo superar con las medidas de reactivación económica; que fue por ello, que una vez se superó tal situación temporal, el demandante retornó a su labor; que por lo anterior, durante el tiempo de suspensión no era dable

el reconocimiento de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones; y que frente a la prima de servicios sí se cumplió su obligación de pago.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Hay lugar a salarios, prestaciones sociales y vacaciones como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo del demandante?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Suspensión del Contrato de Trabajo.

La figura de la suspensión del contrato de trabajo tiene como finalidad evitar una terminación definitiva del contrato de trabajo cuando sobrevienen causas que impiden transitoriamente su cumplimiento, permitiendo que el contrato modifique sus efectos, sin afectar su existencia. En otros términos, la suspensión permite que, en momentos de crisis del contrato - que podrían

llevar a su terminación- se opte por soluciones que permitan mantener el vínculo jurídico derivado de la relación laboral.

Al respecto, el artículo 51 del C.S.T. establece que el contrato de trabajo se suspende, por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución; por muerte o la inhabilitación del empleador, cuando este sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo; por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria; por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar; por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho días por cuya causa no justifique la extinción del contrato; y por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.

En lo atinente a los efectos jurídicos de la suspensión, el artículo 53 *ejusdem* establece que estos consisten principalmente en: **i)** la interrupción para el trabajador de la obligación de prestar el servicio personal para el cual fue contratado, **ii)** la interrupción para el empleador de la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales, **iii)** la obligación del empleador de asumir las obligaciones ya surgidas con anterioridad a la suspensión o las que le correspondan al trabajador por muerte o por enfermedad (la afiliación a seguridad social en salud y pensiones) y; **iv)** el hecho que los periodos de suspensión pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

En igual sentido, el artículo 412 del C.S.T. señala que “*las simples suspensiones del contrato de trabajo no requieren intervención judicial*”, por lo que de la lectura armónica de tal norma con el artículo 51 *ejusdem*, es dable colegir que para ser suspendido un contrato de trabajo, el empleador no necesita autorización del Ministerio de Trabajo ni requiere intervención judicial previa, a menos que exista una suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en

parte, hasta por 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador; luego, la interpretación de ambas normas permite concluir que, en principio, no se requiere de intervención administrativa o judicial para suspender el contrato de trabajo, por el contrario, es un acto que puede ejecutar el empleador de forma autónoma e independiente, con excepción de la causal aludida.

Ahora bien, la demandada fundamenta la suspensión del contrato de trabajo en una situación de fuerza mayor impidió que temporalmente se ejecutara el contrato de trabajo; ello, con base en la pandemia generada por el virus Sars Cov-2 o Covid-19.

Al punto, es necesario advertir que el estatuto sustantivo laboral no define de manera expresa qué es la fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral, ocupándose solamente de definir sus efectos, por lo que es dable acudir a la normatividad civil, la que dispone en el artículo 64 del C.C. que la fuerza mayor o caso fortuito es *“el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”*.

Sobre el tópico, H. Corte Constitucional en sentencia SU-449 de 2016, señaló que *“Se ha dicho que la **fuerza mayor** es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El **caso fortuito**, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”*.

Por su parte, CSJ 07 de junio de 1963 (Publicada en Gaceta Judicial: Tomo CII, n.º 2267, pág. 482-488), estableció que *“Aunque por regla general el carácter de fuerza mayor o caso fortuito se atribuye a fenómenos de corta duración, en el Derecho Laboral, que tiende a asegurar la estabilidad del trabajador, no cabe excluir la posibilidad de que ciertos hechos, imprevisibles en su aparición y a los que no es dable resistir, impidan, durante un tiempo más o menos prolongado, la ejecución del contrato, si que en ello intervenga*

la voluntad de las partes. Tal sería, por ejemplo, entre nosotros la especia de guerra civil que agobió durante algún tiempo varias comarcas del país, o el bandolerismo, cuando éste se presenta súbitamente en regiones antes no afectadas por él y perdura allí a lo largo de semanas y aun de meses”.

En el mismo sentido, dicha corporación ha manifestado que “*En materia laboral para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito como causa que libere al patrono de cumplir sus obligaciones contractuales o legales, es menester no solo que el hecho constitutivo de tal fuerza sea imprevisible, sino que además que lo coloque en absoluta imposibilidad de atender tales obligaciones y tener la característica de temporal o pasajera*” (CSJ, SCL, 1987, Sentencia del 02 de diciembre) sostuvo que:

Posteriormente, determinó que no basta con aducir una razón particular como fuerza mayor o caso fortuito y por el contrario, le corresponde al empleador demostrar que el hecho imprevisible, irresistible e inimputable, impide efectiva y temporalmente la ejecución del contrato de trabajo, posición que se mantiene incólume (CSJ Rad. 42059 de 2012; CSJ Rad 46825 de 2012; CSJ SL1037-2021; y CSJ SL 660 de 2021)

En cuanto a la diferencia de la causal por fuerza mayor y la suspensión del contrato por clausura temporal de actividades de la empresa, CSJ Rad. 4246 del 23 de mayo de 1991 estableció que el caso fortuito o fuerza mayor se genera por un imprevisto que sobreviene en forma súbita e impide temporalmente la ejecución material del contrato; que la ley no le señala un límite máximo en el tiempo como motivo de la suspensión, de manera que el caso fortuito puede ocasionar la suspensión indefinida del contrato de trabajo; que la suspensión de actividades de la empresa obedece a razones de orden técnico o económico, independientes de la voluntad del empleador y no supone la imposibilidad material de desarrollar la relación de trabajo, cosa que si sucede en el evento de la fuerza mayor; que la clausura temporal de la empresa sólo puede extenderse hasta por 120 días, de acuerdo con la norma citada, pues si excede de dicho lapso deviene en terminación del vínculo laboral; y que para efectuar la suspensión temporal de actividades, la empresa debe solicitar autorización del Ministerio del

Trabajo y avisar a los trabajadores, lo cual no procede en la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor.

De igual manera se explica en tal sentencia que el caso fortuito o fuerza mayor como motivo de suspensión del contrato puede significar en la práctica la clausura temporal de la empresa, pero este tipo de cierre temporal, por su origen, no es jurídicamente igual al previsto por el numeral 3° del artículo 51 del C.S.T.; y que si por el caso fortuito confluyen circunstancias de orden técnico o económico que impidan la reapertura de la empresa originalmente prevista y el empleador solicita permiso al Ministerio del Trabajo para una clausura temporal o definitiva, si se obtiene la autorización, cesaría el caso fortuito como causal de suspensión del contrato de trabajo y este vínculo quedaría sujeto a la decisión ministerial.

Ahora bien, y en lo referente a la crisis sanitaria y los efectos económicos con ocasión de la aparición del virus COVID- 19, se tiene que el Ministerio de Salud y de la Protección Social promulgó la Resolución 385 de 2020, prorrogada a través de las Resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y 222 del 25 de febrero de 2021; a la par, el Gobierno Nacional promulgó el Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual se realizó la declaratoria de emergencia económica, social y ambiental, con el fin de hacer uso de facultades extraordinarias para conjurar tal situación; y luego, el 22 de marzo de 2020 profirió el Decreto 457 a través del que se que actividades podían tener libre circulación, lo que se fue ampliando paulatinamente mediante los Decretos 531, 593, 636, 749, 990, y 1076 de 2020.

De esta manera, ciertamente el panorama generado por la pandemia ocasionado por el Covid- 19 por regla general no permitió en virtud de la declaratoria de emergencia económica, social y ambiental la libre circulación; no obstante, tal circunstancia se fue conjurando gradualmente, permitiendo que diversas empresas siguieran prestando sus servicios.

En el caso de marras, encontramos que la demandada tiene por objeto social la prestación de los servicios postales de mensajería expresa y/o postal de pago, prestación de servicios de transporte de cosas en todas las

modalidades, servicios de logística, transporte de carga por carretera, entre otros afines (fls. 24 del archivo 05); por tanto, y revisado el numeral 30 del Decreto 531 del 13 de abril de 2020 se observa que se permitió el derecho de circulación de personas que prestaran sus servicios en actividades de mensajería, por lo que, a partir de tal data no era dable deprecar que se estaba frente a un caso de fuerza mayor.

Así las cosas, y como quiera que la suspensión del contrato de trabajo se comunicó el 13 de abril de 2020 (fl.43 del archivo 10), considera la Sala que esta era infundada y como consecuencia, que no era factible alegar tal figura para abstenerse de efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, pues como quedó visto era posible prestar tal servicio.

En igual sentido, la Sala no encuentra que la norma aludida haga diferenciación frente al tipo de mensajería que podía realizar actividades y quedaban exentas de la restricción de libre circulación de personas, pues por el contrario la norma fue clara en señalar que podía ejecutar sus servicios quienes realizaran este tipo de actividad; por tanto, se considera que le asiste razón a la A Quo en estos aspectos, por lo que tal decisión se confirmará.

Salarios y Prima de Servicios.

Aduce la parte actora que no le fueron pagados los salarios del 14 de abril al 31 de agosto de 2020, y la parte demandada que pagó la prima de servicios del periodo aludido.

Al punto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto.

En el *sub lite* se avizora que se allegaron pagos efectuados por la demandada al actor a través de su cuenta en el Banco Colpatria, en los que se avizora que se pagó en abril, \$848.721, y en mayo, \$362.313, valores que hacen referencia a la nómina de marzo y a 13 días de abril de 2020 (fls. 39

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00049 -01.

Demandante: **JORGE HUMBERTO CASTIBLANCO.**

Demandado: **CENTAURUS MENSAJEROS S.A.**

a del archivo 05); por lo que, ciertamente no se encuentra acreditado el pago de lo debido entre el 14 de abril y el 31 de agosto de 2020, respecto de lo que incluso hay que mencionar que los comprobantes de nómina hacen referencia al salario pero establecen nómina por pagar “0.00” o que el trabajador se encontraba en licencia no remunerada por 30 días.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que CENTAURUS MENSAJEROS S.A. debe pagar por concepto de **salarios** la suma de **\$4’008.633,70**. No se imponen sumas adicionales al no haber sido estas, objeto de impugnación.

En cuanto a la **prima de servicios** no se encuentra en la documental aludida su pago, por lo que, no es su dable su absolución.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las de primera, se deberán ajustar teniendo en cuenta la modificación impuesta en esta providencia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** la sentencia en el sentido de ADICIONAR que CENTAURUS MENSAJEROS S.A. por concepto de **salarios del 14 de abril de 2020 al 31 de agosto de 2020** debe pagar a JORGE HUMBERTO CASTIBLANCO la suma de **\$4’008.633,70**.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00049 -01.

Demandante: **JORGE HUMBERTO CASTIBLANCO.**

Demandado: **CENTAURUS MENSAJEROS S.A.**

TERCERO. -.Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.
Las de primera, se deberán ajustar teniendo en cuenta la modificación
impuesta en esta providencia.

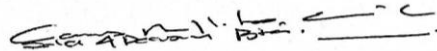
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos
previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la
Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

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



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00621 -01.

Demandante: **JACKELINE GUTIÉRREZ VILLAMIL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 06 de junio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que **JACKELINE GUTIÉRREZ VILLAMIL** promovió contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, que COLPENSIONES la tenga como afiliada sin solución de continuidad, y que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES sus aportes, rendimientos e historia laboral.

Demandante: **JACKELINE GUTIÉRREZ VILLAMIL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** (carpetas 04 y 05) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

SEGUNDO. – CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido motivo de la afiliación de la demandante, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO. – DECLARAR que la demandante para efectos pensionales se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por COLPENSIONES.

CUARTO. – DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO. – CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. adujo que si bien existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia, este no se aplica de manera homogénea en todos los casos, de existir una similitud fáctica de los casos, lo que no se presenta en el asunto, puesto que la actora tomó una decisión libre, voluntaria, sin presiones e informada como se puede colegir del interrogatorio de parte; que de dicha declaración es dable extraer que la actora sí tenía el conocimiento suficiente para conocer las consecuencias de su traslado pensional; que la

firma del formulario de afiliación denota el conocimiento de la actora de las consecuencias de su traslado, pues allí se consignaba el cumplimiento del deber de información; que la demandante tuvo diversos beneficios, como el acceso a excedentes de libre disponibilidad, devolución de saldos, heredar la pensión, entre otras; que no es posible devolver rendimientos y gastos de administración, pues si se retrotraen las cosas a su estado anterior, debe entenderse que los primeros no se han generado, por demás que no se acompasa con el principio de las restituciones mutuas, y cumplió sus cometidos en la generación de tales rendimientos.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que está acreditado que la actora sí recibió información, y si bien no se hizo una proyección pensional, se estaba al momento de la afiliación a más de 20 años de la causación de la prestación; que la actora se afilió de forma libre y voluntaria, tal y como lo afirma en su formulario de afiliación; que era deber de la actora realizar su traslado a COLPENSIONES, no obstante, quedó inmersa en la prohibición legal, siendo su inconformidad por un tema meramente económico; que la demandante gozó de otros beneficios, como la generación de rendimientos, acceso a una pensión de garantía mínima, y a coberturas que aún siguen vigentes; y que ha actuado de buena fe, pues no fue requerida por la actora.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por estas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues

desde el 30 de abril de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 9 a 13 en el archivo 3 de la carpeta 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 06 de agosto de 1996 (fl.117 del archivo 04).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 117 del archivo 04 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 06 de agosto de 1996 con PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Gutiérrez Villamil se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (06 de agosto de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que le resultó atractivo el traslado porque no era muy buena la prestación del servicio de salud en el I.S.S., se decía que PORVENIR S.A. estaba respaldado por empresas importantes, el I.S.S. se iba a terminar y se resaltaba que no era muy seguro para el futuro, y que se podía pensionar de forma anticipada en contratos con el I.S.S.; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la

parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de aportes, rendimientos, y gastos de

administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **JACKELINE GUTIÉRREZ VILLAMIL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de aportes, rendimientos, y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

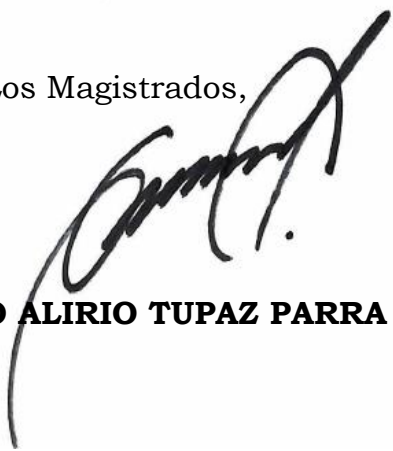
DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

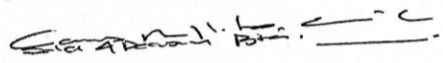
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00079-01.

Demandante: EDGAR GUIZA AGUDELO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de agosto de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **EDGAR GUIZA AGUDELO** contra la recurrente y **PROTECCIÓN S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. Colmena S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00079-01.

Demandante: EDGAR GUIZA AGUDELO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** (fls. 3 a 114 del archivo 5 y 2 a 734 del archivo 6) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del demandante **EDGAR GUIZA AGUDELO** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO:CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver o trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **EDGAR GUIZA AGUDELO**, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, dineros que no debieron ingresar al Régimen de Ahorro Individual.

TERCERO:DECLARAR que el demandante **EDGAR GUIZA AGUDELO**, para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por las razones expuestas.

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

QUINTO:CONDENAR EN COSTAS a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SEXTO:ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a **COLPENSIONES**.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES alegó que el retorno del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se encuentra inmersa en una prohibición tácita enmarcada en la Ley 100 de 1993; que genera una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00079-01.

Demandante: EDGAR GUIZA AGUDELO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

afectación al sistema debido a que se traduce en una carga desproporcionada; y que su representada actúa como un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y la A.F.P. demandada, por demás que no puede resultar favorecida ni perjudicada con la misma, pues nada tuvo que ver con la decisión de traslado.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, el cual fue presentado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a A.F.P. Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. al R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 09 de agosto de 1988 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 65 a 68 del archivo 06; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de diciembre de 1999 (fl.129 del archivo 06).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00079-01.

Demandante: EDGAR GUIZA AGUDELO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

3.2. Del caso en concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 129 del archivo 06, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 10 de diciembre de 1999 con A.F.P. Colmena S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(…) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00079-01.

Demandante: EDGAR GUIZA AGUDELO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Guiza Agudelo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (12 de diciembre de 1999) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente se indicó por parte del asesor de la A.F.P. Colmena S.A hoy PROTECCIÓN S.A. que tendría mejores beneficios en el fondo privado, que no tenía presencia el I.S.S. en el lugar donde iba a desempeñar sus labores, y que debía afiliarse, debido a que no contaba con otra alternativa; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00079-01.

Demandante: EDGAR GUIZA AGUDELO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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 las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo del fondo en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00079-01.

Demandante: EDGAR GUIZA AGUDELO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

V

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00079-01.

Demandante: EDGAR GUIZA AGUDELO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

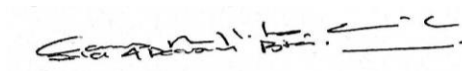
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2018-00666 -01.

Demandante: **JAVIER HERNANDO CASTRO GUERRERO.**

Demandado: **VICON S.A.S. Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **VICON S.A.S.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 19 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que JAVIER HERNANDO CASTRO GUERRERO adelanta contra **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y el I.D.U.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo de obra o labor con VICON S.A.S. del 02 de marzo de 2017 al 12 de julio de 2018; que su salario mensual era la suma de \$5'000.000; que COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y el I.D.U. fueron beneficiarios de la obra, y por ende que son solidariamente responsables de las condenas que se impongan; y que acaeció un despido indirecto. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de salarios de abril al 12 de julio de 2018; cesantías, prima de servicios, e intereses a las cesantías causadas en 2018; último periodo de vacaciones; sumas no pagadas por seguridad social integral;

indemnización por despido sin justa causa; intereses moratorios; y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Ingresó a laborar al servicio de VICON S.A.S el 02 de marzo de 2017 mediante contrato de trabajo de obra o labor para desempeñar el cargo de Ingeniero Residente de Obra; **2)** Devengaba \$5'000.000 mensuales; **3)** Prestaba sus servicios para el contrato de obra N° 1115 de 2016 suscrito con el I.D.U.; contrato que fue caducado por el I.D.U. por incumplimientos por parte de VICON S.A.S; **4)** El 12 de julio de 2018 presentó carta de renuncia con fundamento en los incumplimientos laborales de VICON S.A.S.; y **5)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende; y **6)** Dentro de la obra desplegada por VICON S.A.S. a favor del I.D.U. era obligatorio tomar pólizas de seguro, lo que se realizó a través de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. mediante la póliza NB-100064446 que ampara pagos salariales, prestaciones sociales e indemnizaciones, y tiene una vigencia hasta el 26 de julio de 2021.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. (archivo 20), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

No aceptó ningún hecho. Adujo que nunca ha celebró un contrato de trabajo con el actor; que no se encuentra amparada en las pólizas el pago de salarios, sanciones, indemnizaciones moratorias, así como tampoco intereses; y que el amparo sólo nace a la vida una vez se acredite la responsabilidad a cargo de VICON S.A.S.

Por su parte, el **I.D.U.** (archivo 23), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de compensación.

No aceptó ningún hecho. Manifestó que nunca tuvo un contrato de trabajo con el demandante; que dentro del contrato de obra N° 1115 de 2016 se acordó que VICON S.A.S. podía subcontratar al personal que considerara para la realización de la labor; que dicho contrato se ejecutó con autonomía por parte de VICON S.A.S.; que no es dable predicar solidaridad con VICON S.A.S, pues sus objetos sociales son diametralmente diferentes; y que no intervino en la renuncia del demandante.

Finalmente, **VICON S.A.S.** (archivo 39) de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la vinculación del actor mediante un contrato de trabajo de obra o labor para desempeñar sus funciones dentro del contrato de obra N° 1115 de 2016, así como el cargo, y los extremos temporales; y la presentación de la carta renuncia.

Expuso que encuentra en proceso de liquidación, por lo que está totalmente impedida para realizar el pago de las acreencias laborales que se pretende, es el juez concursal quien determina la prelación de pagos; y que el beneficiario de la póliza de seguro es el I.D.U., por lo que es esta quien debe tramitarla para que el demandante el obtenga el pago de sus acreencias laborales por esta vía.

2.2. Terminación del Proceso Frente al I.D.U.

En audiencia del 19 de agosto de 2022 se decidió terminar el proceso frente al I.D.U., como quiera que declaró probada la excepción previa de falta de competencia por no haberse agotado la reclamación administrativa (archivo 56).

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre JAVIER HERNANDO CASTRO GUERRERO y VICON S.A.S EN LIQUIDACIÓN, el cual inició el 02 de marzo de 2017 y finalizó el 12 de julio de 2018, en el cual el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2018-00666 -01.

Demandante: **JAVIER HERNANDO CASTRO GUERRERO.**

Demandado: **VICON S.A.S. Y OTRAS.**

actor devengó como último salario, la suma mensual \$5.000.000 y que fue terminado por renuncia del actor.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada VICON S.A.S EN LIQUIDACIÓN, a reconocer y pagar a JAVIER HERNANDO CASTRO GUERRERO los siguientes conceptos:

a. A la suma de \$17.000.000 por concepto de salarios adeudados de todo el tiempo laborado.

b. A la suma de \$2.666.666 por concepto de auxilio de cesantías de todo el tiempo laborado.

c. A la suma de \$176.666 por concepto de intereses a las cesantías de todo el tiempo laborado.

d. A la suma de \$2.666.666 por concepto de primas de servicio de todo el tiempo laborado.

e. A la suma de \$6.805.555 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones.

f. A los aportes a pensión de los meses de junio y julio de 2018, junto con sus respectivos intereses de mora liquidados por el fondo de pensiones que escoja el demandante o al que se encuentre afiliado para tal fin, tomando como ingreso base de liquidación el salario de \$5.000.000.

g. A la suma de \$166.666 diarios a partir del 13 de julio de 2018 y hasta cuando se realice el pago efectivo de las condenas concedidas al demandante, por concepto de salarios y prestaciones hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 a los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique por indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. de las pretensiones elevadas por el demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a favor del demandante en la suma de \$3.000.000 y cargo de VICON S.A.S EN LIQUIDACIÓN. Así mismo se condenará al demandante a reconocer y pagar la suma de \$1.000.000 a favor de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A

Para arribar a la anterior decisión, señaló que se encuentra acreditado con la documental, la existencia de un contrato de obra o labor entre VICON S.A.S. y el demandante del 02 de marzo de 2017 al 12 de julio de 2018, para desempeñar el cargo de Ingeniero Residente; que no se encuentran acreditado el pago de salarios, prestaciones sociales de 2018, vacaciones, y aportes a pensión de junio y julio de 2018, por lo que, hay lugar a su reconocimiento; que no se imponen aportes a salud y A.R.L. por cuanto no se acreditó un perjuicio por su falta de pago; que no se acreditó el despido indirecto, como quiera que en la carta de renuncia no se manifestó que la causa de tal circunstancia fueran hechos atribuibles al empleador; que se debe reconocer indemnización moratoria, puesto la imposibilidad económica que alega VINCON S.A.S. para abstenerse de pagar las obligaciones a su cargo no se encuentra demostrada en juicio, toda vez que a la fecha de terminación del contrato de trabajo no se encontraba en reorganización ni liquidación; que COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. no resulta

solidaria, puesto que no se encuentra que esta fuera beneficiaria de la obra en donde el actor prestó sus servicios, por demás que frente al I.D.U. le fue terminado el proceso al no elevarse reclamación administrativa y las pólizas amparaban a tal instituto; y que no operó el fenómeno prescriptivo, puesto que se demandó dentro del término legal desde la causación de la primera acreencia laboral objeto de condena.

4. Argumentos del Recurrente.

VINCON S.A.S. dijo que cuando una entidad se encuentra en liquidación o reorganización no es posible ordenar el reconocimiento de sanción moratoria sino hasta el momento que se entró en dicho estado; que lo dicho, por cuanto no hay mala fe del liquidador, pues este no puede pagar a cualquier acreedor, pues incurriría en un fraude a la ley; y que no se dable ordenar un pago por fuera del proceso de liquidación, el acreedor llegó tarde a este, por lo que, no se puede a través de este proceso solicitar el reconocimiento de acreencias laborales que no fueron pedidas en el momento oportuno.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Hasta qué momento es dable imponer sanción moratoria ante un escenario de reorganización o liquidación de una empresa?, y ¿es posible imponer condena a una empresa que se encuentra en dicho estado de liquidación?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Indemnización Moratoria.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador conforme lo dispone el artículo 65 del C.S.T.

Ahora bien, CSJ Rad. 37288 del 24 de enero de 2012 ha enseñado que no se puede interpretar la situación de reorganización de una empresa, como si se estuviera frente a un proceso de liquidación, y que por ende ello genere un estado de fuerza mayor, para que le empleador se abstenga del efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, puesto que la finalidad de la reorganización es totalmente opuesta a la de liquidación, en tanto que la última busca ponerle fin a la empresa, mientras que la primera es un mecanismo para salir de la crisis económica a fin de evitar la liquidación de la empresa.

En igual sentido, CSJ SL16884-2016 y CSJ SL3071-2018 ha señalado que no se puede excluir de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso e incluso la conducta del empleador dentro de los procesos de reestructuración y liquidación; recuérdese que, la indemnización moratoria no opera automática ni inexorablemente, por el contrario, pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

En todo caso, en sentencias CSJ SL2833-2017 y CSJ SL1186-2019 se indicó que las sanciones moratorias no pueden operar más allá de la data en que entra en liquidación obligatoria una sociedad, pues a partir de dicha fecha no se puede deducir que la empleadora siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos del trabajador demandante.

Sentadas las anteriores premisas, en el asunto concreto encontramos que VICON S.A.S. ingresó en proceso de reorganización conforme a la Ley 1116 de 2006 mediante Auto N° 400-019420 del 09 de diciembre de 2011, empero que, a través del Auto N° 400-015207 del 04 de diciembre de 2018, la Superintendencia de Sociedades resolvió decretar la apertura del trámite de liquidación judicial de la sociedad de la referencia (fls. 11 a 16 del archivo 39).

Así las cosas, estima esta Sala que el solo hecho objetivo del proceso de reorganización al que se sometió la sociedad VICON S.A.S no puede considerarse como eximente de la indemnización moratoria, pues como se indicará en las sentencias antes referidas, no basta con que el empleador se haya acogido a tal mecanismo.

De esta manera, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, no obra prueba de la que se pueda desprender que este actuó exento de mala fe, puesto que no se advierte de las pruebas recolectadas un interés por parte de VICON S.A.S. en reconocer las diferentes acreencias laborales que adeudaba al demandante, ni siquiera se observa que hubiera buscado lograr un acuerdo de pago con este previo a su liquidación.

Por tanto, se considera que hay lugar a la indemnización moratoria, empero, únicamente puede reconocerse hasta que se dio apertura al proceso de liquidación, ya que no resulta viable inferir que el empleador sometido a esta, siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer los intereses y créditos del trabajador demandante; igualmente, debido a que el liquidador designado en tal proceso es un agente diferente al empleador, que

entra a manejar los destinos de la empresa, razones que conllevan a que la indemnización moratoria sólo se pueda imponer hasta el 04 de diciembre de 2018.

En consecuencia, y como quiera que la relación laboral finiquitó el 12 de julio de 2018 es dable reconocer por concepto de sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo desde el 13 de julio hasta el 03 de diciembre de 2018, esto es, por el término de 141 días; lo que arroja la suma de \$23.500.000.

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ el literal g) del numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que se debe pagar \$23'500.000 por concepto de indemnización moratoria.

Del Proceso Liquidatorio de VICON S.A.S.

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (C-807 de 2003).

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

Ahora bien, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-773 de 2014, señala los siguientes efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de

prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

Así mismo, otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que la asignación a la jurisdicción ordinaria para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso liquidatorio, pues aquello no pretende

desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que en todo caso la decisión que se profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la CSJ SL416-2021, aseveró que *“es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”*.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de VICON S.A.S.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2018-00666 -01.

Demandante: **JAVIER HERNANDO CASTRO GUERRERO.**

Demandado: **VICON S.A.S. Y OTRAS.**

R E S U E L V E:

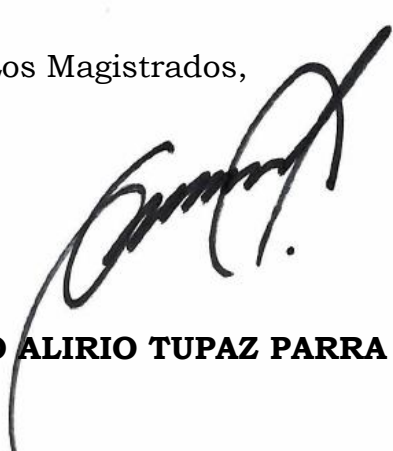
PRIMERO. – **MODIFICAR** el literal g) de la sentencia, en el sentido de establecer que se debe pagar por concepto de indemnización moratoria la suma de \$23'500.000.

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

TERCERO. –. Costas en esta instancia a cargo de VICON S.A.S.

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

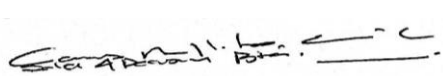
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de VICON S.A.S como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00163-01.

Demandante: ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA** y **COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de agosto de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** favor de esta última, en proceso ordinario laboral que el primero adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00163-01.

Demandante: ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** (fls. 3 a 99 del archivo 4 y 3 a 335 del archivo 5) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. el 07 de octubre de 1996.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales sumas que deberán trasladarse debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir al señor ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA como su afiliado, corregir y actualizar su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: Sin condena en costas en la instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00163-01.

Demandante: ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo que se debe condenar en costas a las entidades demandadas y vencidas en el proceso, en virtud del artículo 365 del C.G.P.

Por su parte, **COLPENSIONES** alegó que el demandante se encuentra inmerso dentro de una prohibición de retorno al régimen de prima media con prestación definida enmarcada en la Ley 100 de 1993; y que las circunstancias particulares del demandante respecto a su formación profesional al momento de su traslado resultan incompatibles con el argumento de la actora respecto a la no comprensión de las consecuencias jurídicas del negocio jurídico celebrado con PROTECCIÓN S.A.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de noviembre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, los cuales fueron presentados por las recurrentes para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto de los recursos y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a A.F.P. PROTECCIÓN S.A. al R.A.I.S.?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00163-01.

Demandante: ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 24 de agosto de 1984 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 49 a 51 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. PROTECCIÓN S.A. el 7 de octubre de 1996 (fl.35 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00163-01.

Demandante: ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

3.2. Del caso en concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 35 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 7 de octubre de 1996 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00163-01.

Demandante: ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Ramírez Mejía se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (7 de octubre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente se indicó por parte del asesor de la PROTECCIÓN S.A. que tendría mejores beneficios en el fondo privado, sin una descripción detallada de los mismos; y que era una mejor opción frente a lo que ofrece el I.S.S.; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por otro lado, las circunstancias particulares del actor respecto a su formación académica al momento de haberse efectuado el traslado no eximen a las A.F.P de la carga de probar que se cumplió con la obligación de brindarle a los afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen, pues de su declaración no es dable colegir que tuviera conocimiento suficiente acerca

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00163-01.

Demandante: ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

del funcionamiento de los regímenes pensionales en Colombia, sus características, y que conocía plenamente las consecuencias de su decisión.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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 las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo del fondo en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, se resulta acertado que se hubiere condenado a PROTECCIÓN S.A. por concepto de devolución de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales debidamente indexadas, de manera que tal condena se CONFIRMARÁ; no obstante, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que se DISPONE que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos referidos deberán aparecer discriminados

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00163-01.

Demandante: ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Finalmente, y en lo referente a costas, el artículo 365 del C.G.P establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, por lo que se REVOCARÁ el numeral sexto de la sentencia en cuanto a que se dispuso absolver a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., y en su lugar, se CONDENARÁ a tales entidades para que asuman tal carga.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00163-01.

Demandante: ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MEJÍA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

R E S U E L V E:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que se DISPONE que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos referidos en este numeral y que se encuentran a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. – REVOCAR el numeral sexto de la sentencia. En su lugar, se **CONDENA** en costas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

TERCERO – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

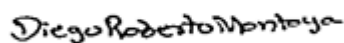
CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

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

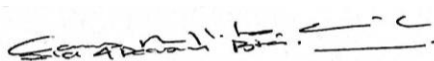
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2021 00491 01.

Demandante: **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **LUIS FERNANDO ROJAS VALENCIA** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la ineficacia de la afiliación por él efectuada a Porvenir S.A.; como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a esta AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración y a esta última a recibir dichos dineros y actualizar la historia laboral del actor.

Así mismo, deprecia el pago de perjuicios morales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2021 00491 01.

Demandante: **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 06), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación que hizo el señor **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la **AFP PORVENIR** el 14 de julio del año 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA** nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que se debe trasladar lo que el demandante tenga en su cuenta de ahorro individual o al momento de hacerse el traslado, junto con los rendimientos y lo que haya deducido de los aportes efectuados por el demandante por gastos de administración en los aportes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a recibir al señor **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA**, como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2021 00491 01.

Demandante: **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

SEXTO: Sin condena en costas

SEPTIMO: En el evento que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones no interponga recurso de apelación contra esta decisión, remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de esta entidad por así disponerlo el artículo 69 del CPTSS.

NOVENO: Absolver a las demandadas de las demás pretensiones encubadas en su contra por el demandante

4. Argumentos de la recurrente.

PORVENIR S.A. indicó que el demandante manifestó en su interrogatorio de parte, que se le entregó la información por parte de Porvenir S.A. por medio de tres asesores, previo a su traslado y que le manifestaron las condiciones generales del sistema pensional y las características esenciales del RAIS, lo cual también se acredita con el formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico, cuyo contenido se encuentra establecido en la ley y las normas de orden público y la manifestación al lado de la firma es cumplimiento de una norma de orden público.

Señaló que, para la fecha del traslado del accionante no existía ley ni jurisprudencia que obligara a esa AFP a tener algún otro documento diferente al formulario de afiliación, pues con este bastaba para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones y, 26 años después y conforme a una jurisprudencia posterior, exigirle un documento diferente para acreditar el deber de información es obligarla a lo imposible.

Adujo que el demandante como consumidor financiero también tiene cargas y deberes como el de información, máxime cuando la misma Constitución exige a todos los ciudadanos el conocimiento de las leyes y normas de orden público, además, el demandante es una persona adulta, profesional que podía entender y comprender el contenido del acto jurídico que estaba suscribiendo.

Indicó que no le es aplicable el contenido del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pero esta norma se refiere a la administración de la información suministrada a los usuarios de los servicios, es decir a quien ya tiene una afiliación con la entidad y si aun no es afiliado no es usuario,

por lo que dicha norma no se puede aplicar a los actos previos a dicha afiliación.

Manifestó que también se acredita el conocimiento de la información que el demandante hoy alega desconocer con la presunción establecida en el artículo 9 del Código Civil que señala que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, principio general que establece una presunción legal la cual implica que apenas se promulga una ley esta se presume conocida por todos los habitantes del territorio nacional, por lo que, teniendo en cuenta que la información que alega el demandante desconocer se encuentra establecida en la Ley 100 de 1993, luego, por tratarse de un sistema obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPMPD como en el RAIS están definidas en su totalidad por la ley debidamente promulgada, por lo que al demandante, como a cualquier habitante del territorio nacional, le asiste el deber de conocer la ley que es de alcance nacional, por lo que carece de fundamento razonable la falta de información máxime cuando ni a Porvenir S.A. ni al demandante les es dable modificar las premisas establecidas en la ley.

Adujo que no procede la condena de devolución de gastos de administración y primas de seguros pues conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, por los que estas sumas no forman parte integral de la pensión de vejez y por ende están sujetos al fenómeno de la prescripción, adicionalmente, ordenar la devolución de este rubro a Colpensiones configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esta, en la medida que no existe una norma que disponga tal devolución y contrario a ello el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, menciona los dineros a trasladar dentro de los que no se encuentran los gastos de administración, que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no le pertenecen a él sino al fondo privado, como una contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en su cuenta de ahorro individual.

En el evento en que se condene la sentencia de primer grado, solicitó se aplique la figura de la compensación de tales dineros con los rendimientos financieros que se le generaron al demandante que tuvieron lugar por la buena gestión que tuvo Porvenir S.A.

Finalmente, y en cuanto a la orden de retornar sumas de manera indexada, expuso que con ella se le está endilgando una doble condena, al devolverse los frutos e intereses que se obtuvieron con el dinero que se recibió por parte del demandante.

Por su parte, **COLPENSIONES** manifestó que, el demandante sí recibió la información necesaria para tomar la decisión de su traslado, habiéndose demostrado que no fue coaccionado por la entidad en atención a que él mismo manifiesta que recibió varias visitas y que tomó la decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria, por lo que dicho traslado se da en atención a la libre escogencia de regímenes que se encuentra establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en tal sentido esta afiliación tiene plena validez y efectos.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2021 00491 01.

Demandante: **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

desde el 06 de agosto de 1979 presenta aportes en tal régimen (fl. 16 archivo 01); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 14 de julio del 2000 (fl. 33 archivo 01 y fl. 78 archivo 06).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 33 del archivo 01 y 78 del archivo 06, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 14 de julio del 2000 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Rojas Valencia se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (14 de julio del 2000) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, sin que se esté obligando al fondo privado a allegar documento adicional al formulario de afiliación; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las características de los regímenes pensionales ni de las consecuencias de su traslado, pues indicó que le dijeron que los Seguros Sociales iban a desaparecer y que si no hacía esa afiliación a Porvenir S.A., entonces quedaba sin pensión, no le indicaron que sus aportes iban a una cuenta de ahorro, que generarían rendimientos, tampoco que pudiera pensionarse de manera anticipada o que pudiera hacer aportes voluntarios; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada,

máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que el demandante, como consumidor financiero tenía también unos deberes u obligaciones, entre ellos el de asesorarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2021 00491 01.

Demandante: **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2021 00491 01.

Demandante: **LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

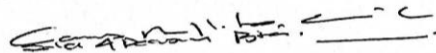
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2020-00576-01.

Demandante: LISANDRO ÁLVAREZ PEÑARANDA.

Demandado: COLPENSIONES.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta y Uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a su favor, en proceso ordinario laboral que adelanta **LISANDRO ÁLVAREZ PEÑARANDA** contra la recurrente.

II. AUTO

Asimismo, la Sala reconoce personería para actuar a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 de Valledupar y T.P. No. 221.228 del C.S de la J, como apoderada de Colpensiones, de acuerdo con el poder aportado en archivo segunda instancia *06alegatoscolpensiones*.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó de la demandada que se declare que tiene derecho al retroactivo pensional de invalidez desde el 30 de abril de 2011, en consecuencia, solicita que se pague el retroactivo pensional desde esa

fecha, así como la reliquidación de la misma de acuerdo con el número de semanas cotizadas, los intereses moratorios, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, relató que luego de varios trámites administrativos y de acciones de tutela interpuestas, Colpensiones le concedió la pensión de invalidez a través de Resolución SUB81243 de 27 de marzo de 2020, desde el 1 de abril de 2020 en una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por acreditar una PCL superior al 50%, no obstante, se dejó tener en cuentas varias semanas de cotización, así como el valor del retroactivo desde la fecha de estructuración de su enfermedad (*fls. 2 a 10 archivo01expediente*).

3.2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que no se pagó retroactivo pensional desde la fecha de estructuración de la invalidez por cuanto no hubo incapacidades a su favor, además que la pensión se reconoció en tiempo y con las semanas reportadas por lo que no habría lugar al pago de intereses moratorios (*archivo08contestacioncolpensiones*).

3.3. Providencia Recurrida.

El A Quo dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que COLPENSIONES debe reconocer y cancelar al demandante, señor Lisandro Álvarez Peñaranda desde el 29 de noviembre de 2011 en cuantía inicial de \$535.600 pesos, por 14 mesadas anuales.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer la pensión de invalidez a favor del demandante, señor Lisandro Álvarez Peñaranda desde el 29 de noviembre de 2011 en cuantía inicial de \$535.600 pesos, por 14 mesadas anuales.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y cancelar a favor del señor Lisandro Álvarez Peñaranda, por concepto de retroactivo pensional la suma de \$107.458.633 pesos debidamente indexadas a la fecha de su pago.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción por lo motivado y las demás excepciones por las resultas del proceso se declaró relevado.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 29 de noviembre de 2011, fecha en la que debió pagarse la primera mesada pensional, que a la fecha asciende de 62.291.985 pesos, sin perjuicio de los intereses que se causen con posterioridad a la fecha de esta sentencia y hasta cuando se hagan los pagos favor del demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2020-00576-01.

Demandante: LISANDRO ÁLVAREZ PEÑARANDA.

Demandado: COLPENSIONES.

SEXTO: CONDENAR en costas a Colpensiones y favor del demandante por la suma de 2.800.000 pesos-

SÉPTIMO: Si esta providencia no es apelada por parte de COLPENSIONES, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior.

Para llegar a esta conclusión, adujo que no fue motivo de discusión la calidad de pensionado del actor, por lo que centró su análisis en la fecha de estructuración, que sería desde el 29 de noviembre de 2011, de acuerdo con el dictamen de PCL emitido por la Junta Regional de Invalidez de Norte de Santander del 23 de abril de 2019, por lo que consideró que los argumentos de la demanda no serían válidos porque en el expediente obra certificado histórico de incapacidades emitidas y pagadas por Coomeva EPS desde el 1 de enero de 2002 al 04 de septiembre de 2019 de forma interrumpida por concepto de enfermedad general.

Agregó que es procedente la reliquidación de la pensión, por cuanto una vez revisadas las historias laborales se evidencia que el actor cotizó 1016,57 semanas desde el 1 de septiembre de 1994 al 31 de enero de 2021, por lo que el IBL será el de los últimos diez años y la tasa de reemplazo será del 55,33%, arrojando, para el año de 2011, una primera mesada pensional equivalente al salario mínimo, por 14 mesadas pensionales al año y desde el día 29 de noviembre de 2011 al no operar la prescripción, así como el pago de intereses moratorios desde la misma fecha.

3.4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES, argumentó que no está de acuerdo con la condena en costas procesales porque no existe un rubro en la entidad que cubra este concepto, así como con la condena por intereses moratorios, pues en su sentir siempre ha actuado de buena, resolviendo la petición de pensión oportunamente, más cuando dichos intereses y la indexación son improcedentes.

3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de octubre de 2022, admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, mediante auto de

16 de noviembre de 2022 se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por las partes para reafirmar su postura.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso presentado por COLPENSIONES, en virtud del artículo 69 *ejusdem* también se estudiará la consulta a su favor.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es acertada la decisión del juez de primera instancia respecto del reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del actor desde el 29 de noviembre de 2011, así el retroactivo pensional desde fecha, los intereses moratorios y la indexación de las sumas adeudadas?

Tesis

Revocará parcialmente la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

4.1. De la fecha de otorgamiento de la pensión de invalidez y su retroactivo.

No fue motivo de discusión en esta instancia los siguientes supuestos fácticos: i) Que el 23 de abril de 2019 el 23 de abril de 2019 el actor fue calificado por la Junta Regional de Invalidez de Norte de Santander con PCL de 50.73% de origen común y fecha de estructuración de 29 de noviembre de 2011 (*fl. 15 a 17 01demandapdf*); ii) Cotizó al sistema de seguridad social un total de 1.016,57 semanas desde el 1 de septiembre de 1994 al 31 de enero de 2021 (*pdf expedienteadmini+HL*); el 27 de marzo de 2020, Colpensiones le concedió la pensión de invalidez a través de Resolución SUB 81243, desde

el 1 de abril de 2020 en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (*Imagen 68 a 78 01demandapdf*).

Así, y con el fin de resolver el problema jurídico, conviene precisar que por regla general la norma que gobierna el derecho a la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración del estado (CSJ SL549-2023) que, en este caso, sería el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, dado que se determinó por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que el estado del actor se estructuró el 29 de noviembre de 2011; con lo cual el actor no sólo debía ser declarado inválido, como en efecto lo hizo, sino que debía reunir cincuenta semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

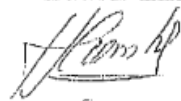
En efecto, al revisar la Resolución SUB81243 de 2020, se evidencia que Colpensiones para otorgar el derecho a favor del actor tuvo en cuenta un total de 630 semanas contabilizadas desde el 1 de septiembre de 1994 al 29 de febrero de 2020 y con ellas claramente el actor logra reunir con suficiencia tales requisitos, más cuando con el reporte de semanas allegado por la pasiva se constata que ha cotizado ininterrumpidamente desde el 1° de septiembre de 1994 al 31 de enero de 2021 un total de 1.016,57 semanas.

Ahora, respecto de fecha del reconocimiento pensional y el pago del retroactivo, se evidencia en la mencionada resolución que se concedió el derecho a partir de la inclusión en nómina, esto es, desde el 1° de abril de 2020, como quiera que *«en el certificado expedido por la EPS Coomeva de fecha 03 de septiembre de 2019, el mismo no indica el nombre de la persona encargada y que se compromete jurídicamente, razón por la cual el asegurado debe solicitar a la EPS certificado actualizado, legible y con forma»*, argumento que no fue aceptado por el *a quo*, al indicar que dicho certificado era legible y válido y aparecen incapacidades emitidas y pagadas por Coomeva EPS desde el 1 de enero de 2002 al 04 de septiembre de 2019 de forma interrumpida, por lo que accedió al reconocimiento desde el 29 de noviembre de 2011, fecha de estructuración.

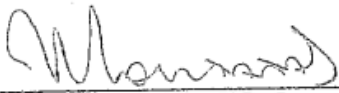
No obstante, en tratándose de enfermedades catalogadas como crónicas, degenerativas o congénitas, como al que padece el actor (trastorno depresivo recurrente) tal como se vislumbra en el dictamen de pérdida de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2020-00576-01.
Demandante: LISANDRO ÁLVAREZ PEÑARANDA.
Demandado: COLPENSIONES.

capacidad laboral emitido por Colpensiones y la Junta Regional del Calificación de Invalidez de Norte de Santander:

CLASIFICACIÓN CONDICIÓN DE SALUD - TIPO DE ENFERMEDAD	
REQUIERE DE TERCERAS PERSONAS PARA DECIDIR POR SI MISMO (DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA): NO	
REQUIERE DE DISPOSITIVOS DE APOYO (Para realizar sus actividades de la vida diaria): NO	
REQUIERE DE TERCERAS PERSONAS PARA REALIZAR SUS ACTIVIDADES DE LA VIDA DIARIA: NO	
TIPO DE ENFERMEDAD:	
¿Enfermedad degenerativa, progresiva y crónica? SI	
¿Catastrófica, alto costo, ruinosa? NO	
¿Enfermedad congénita o cercana al nacimiento? NO	
PCL/PCO: REVISABLE: NO APLICA	
8. GRUPO CALIFICADOR	
EDGAR LEONARDO FIGUERA DUARTE Medico Laboral CODESS RETHUS 91 271 088	
HEBERTO ELIAS GONZALEZ RODELO Control calidad Colpensiones RETHUS 8 686 352	 Firma

Valor final de la deficiencia (Ponderado) - Título I	30,00%	
Valor final rol laboral, ocupacional y otras areas ocupacionales - Título II	20,70%	
Pérdida de la capacidad laboral y ocupacional (Título I + Título II)	50,70%	
Origen: Enfermedad	Riesgo: Común	Fecha de estructuración: 29/11/2011
Fecha declaratoria: 23/04/2019		
Sustentación fecha estructuración y otras observaciones:		
Valoración por Psiquiatria del 29 11 2011 donde describe trastorno depresivo recurrente de varios años de evolucion, con varias crisis de características depresivas de intensidad moderada, requiere de control psiquiatrico permanente.		
Nivel de pérdida: Invalidez	Muerte: No aplica	Fecha de defunción:
Ayuda de terceros para ABC y AVD: No aplica	Ayuda de terceros para toma de decisiones: No aplica	Requiere de dispositivos de apoyo: No aplica
Enfermedad de alto costo/catastrófica: No aplica	Enfermedad degenerativa: No aplica	Enfermedad progresiva: No aplica
2. Grupo calificador		


Nelson Javier Montaña Dueñas
Médico ponente
Medico Principal Esp. Salud Ocupacional
R.M. 311 SSB y Lic 1777 IDS

La contabilización de las semanas en circunstancias como las padecidas por la demandante, es posible tener en cuenta, no solo la fecha de estructuración de invalidez establecida por las entidades idóneas, sino además: i) el momento en que se emitió el dictamen; ii) cuando se efectuó la solicitud de reconocimiento prestacional o iii) se produjo la última cotización (CSJ SL3275-2019, CSJ SL1002-2020, CSJ SL 4346-2020 y CSJ SL2332-2021), de tal manera que se puedan reconocer todos los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, en procura de garantizar el derecho a la seguridad social de los afiliados que han sufrido

una afectación en su estado de salud, pero que conservan una capacidad ocupacional que les permite continuar ejerciendo dentro del mercado de trabajo, como es el caso del actor.

Bajo ese entendido, considera la Sala que el *a quo* se equivocó al determinar que a partir de la fecha de estructuración se generó el derecho a la pensión, pues basta con revisar la historia laboral del actor, aportada por la entidad enjuiciada, obrante en archivo *pdf expedienteadmini+HL*, para observar que luego de estructurarse la PCL el 29 de noviembre de 2011 y de haberse practicado el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, el 23 de abril de 2019, continuó cotizando con los empleadores Departamento Administrativo de Seguridad DAS y Defensa Civil Colombiana hasta el 31 de enero de 2021, con lo cual advierte que contaba con la fuerza laboral activa posterior a la fecha de estructuración de la invalidez, para seguir cotizando

Por tanto, la mencionada capacidad laboral con la que logró el accionante realizar sus aportes pensionales hasta cubrir el ciclo de abril de enero de 2021, permite colegir que fue hasta ese momento que cesó esa posibilidad de continuar ejerciendo una actividad productiva que le garantizara satisfacer sus necesidades básicas y que sin duda se prolongó hasta tiempo después de determinarse su invalidez.

Conforme a lo expuesto, no cabe duda de que la fecha de inicio del pago de la pluricitada prestación sería a partir del 1.º de febrero de 2021, teniendo en cuenta la data de la última cotización, no obstante, la Sala verifica que el otorgamiento de la prestación lo hizo Colpensiones desde el 1 de abril de 2020, momento para el cual el actor había realizado cotizaciones al sistema, por lo que mantendrá dicha fecha, así como el valor de la mesada pensional, pues a pesar de que logra reunir más de mil semanas de cotización y una tasa de reemplazo de 56,5%, no es menos que al aplicarle a su IBL se obtiene una mesada inferior al salario mínimo.

4.2. De delo intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

Al efecto, conveniente recordar que los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, corresponden a una sanción por mora,

es decir, por el pago tardío de la prestación que se ha debido cancelar oportunamente en los términos legalmente dispuestos; mientras que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional, por tal razón, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL9316-2016: *«si tales intereses moratorios se pagan a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago, lo que equivale a una suma considerablemente superior a la corrección monetaria o indexación, que alcanza para cubrir perfectamente la devaluación de la moneda, esto es, que el valor adeudado se «actualice» y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago, es lógico que el interés moratorio comprende el valor por indexación»*.

En este caso, erró el *a quo* al otorgar los intereses moratorios y la indexación sobre el valor del retroactivo, no solo porque son incompatibles, sino porque, como se dijo en líneas anteriores, no se generó retroactivo alguno a su favor.

Así las cosas, se revocará en su totalidad la sentencia, para en su lugar, absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas por el actor en su contra.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Las costas en primera instancia estarán a cargo de la parte actora. En esta instancia no se imponen costas.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2022, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – Las costas en primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

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

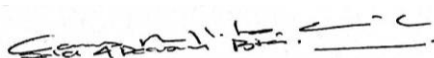
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00306 01.

Demandante: **PATRICIA NAVARRO HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de julio de 2022, en proceso ordinario laboral que **PATRICIA NAVARRO HERRERA** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad de la afiliación por ella efectuada a Porvenir S.A. en el mes de septiembre de 1998 y como consecuencia de ello, se ordene a esta a retornar a Colpensiones todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados; y a esta última a recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00306 01.

Demandante: **PATRICIA NAVARRO HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 009), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 011), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante PATRICIA NAVARRO HERRERA, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

4. Argumentos de la recurrente.

PORVENIR S.A. indicó que, la Corte Constitucional en sentencia SU 130 del 2010 explicó que la Ley 100 de 1993 estableció el sistema de

seguridad social bajo dos regímenes pensionales solidarios y excluyentes pero que coexisten, cada uno de los cuales presenta unas características y sus condiciones se encuentran establecidas en la ley, sin que las partes puedan pactar condiciones diferentes a las previstas en la norma, luego, en este escenario la demandante debía conocer la información que le permitió trasladarse de régimen pensional, sin que pueda aducir que Porvenir S.A. abusó de la posición dominante y sin que esté relevada de demostrar las circunstancias que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993, máxime cuando le asiste el deber de conocer la ley a voces del artículo 13 de la Constitución Nacional, por lo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

En caso de confirmarse la sentencia apelada, solicitó en forma subsidiaria, se le absuelva de la condena de devolución de gastos de administración, como quiera que este es un descuento autorizado por la ley, como consecuencia de la buena administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta de ahorro individual de la actora, que se vio materializado en incrementar el saldo de esta cuenta generando rendimientos financieros por encima del mínimo establecido por la Superfinanciera, adicionalmente, señaló que la remisión de estos gastos a Colpensiones conlleva a un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, máxime cuando el literal b) artículo 113 de la Ley 100 menciona cuáles son los dineros que se trasladan cuando existe un cambio de régimen, dentro de los cuales no se encuentran incluidos los gastos de administración, lo que demuestra que estos no financian la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para aumentar el capital existente en su cuenta, además también se desconoció el artículo 20 de la Ley 100, puesto que de haber permanecido en el RPM también se hubiera hecho descuentos para financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

Finalmente, solicitó compensar estos gastos de administración con los rendimientos financieros especialmente los que exceden el mínimo establecido en la ley, pues estos gastos no forman parte de la cuenta de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00306 01.

Demandante: **PATRICIA NAVARRO HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

ajorro individual de la actora y el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado inicial, por lo que estos rendimientos financieros no se hubieran causado en el RPM.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00306 01.

Demandante: **PATRICIA NAVARRO HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 10 de agosto de 1979 presenta aportes en tal régimen (fl. 47 archivo 001 y archivo GEN-RES-CO-2020_5746917-20200702033437.PDF carpeta 010); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 29 de octubre de 1999 (fl. 95 archivo 011).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de

brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 95 del archivo 011, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de octubre de 1999 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Navarro Herrera se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (29 de octubre de 1999) el fondo privado

tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que las características, requisitos y condiciones de cada uno de los regímenes pensionales se encuentran establecidos en la Ley 100 de 1993 y que por ello la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como

si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el

Demandante: **PATRICIA NAVARRO HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00306 01.

Demandante: **PATRICIA NAVARRO HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

SEGUNDO. -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. -. Sin costas en esta instancia.

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

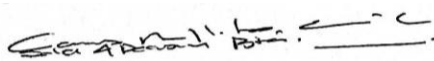
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2015-00187 -02.

Demandante: **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que el **A.D.R.E.S** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 21 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** dentro del proceso ordinario laboral que el **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE** adelanta contra **LA NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX como integrantes del CONSORCIO SAYP 2011.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende el reconocimiento y pago de \$86'483.785 por siniestros ocurridos en accidentes de tránsito y eventos catastróficos debidamente actualizados e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Prestó servicios de atención de urgencias y servicios de salud de segundo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2015-00187 -02.

Demandante: **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRAS.**

y tercer nivel a las personas con daños corporales derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos y terroristas; **2)** Solicitó el pago de tales servicios de salud en 182 facturas, las que serían glosadas por el FOSYGA; **3)** Dio trámite a las glosas presentadas, motivo por el que estas fueron levantadas con excepción de aquellas referentes al impedimento por extemporaneidad, quedando un saldo insoluto de \$86'483.785; y **4)** Se solicitó conciliación administrativa, la que se llevó a cabo el 07 de noviembre de 2012, siendo declarada fallida (fls. 320 a 346 del archivo 01).

2. Actuación Procesal En Primera Instancia.

2.1. Asignación de Competencia.

La demanda fue tramitada inicialmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde el Juzgado 36 Administrativo de Oralidad remitió el proceso a los juzgados laborales de Bogotá (fls. 279 a 284 del archivo 01 y archivo 07).

El proceso arribó al Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante providencia del 26 de junio de 2015 declaró su incompetencia para conocer del asunto y remitió el proceso a la Sala Disciplinaria del H. Consejo Superior de la Judicatura, quien el 02 de septiembre del mismo año asignó competencia a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral (fls. 286 a 290 del archivo 01); decisión que sería reafirmada por la Sala Mixta del Tribunal Superior de Bogotá quien ante nuevo conflicto de competencia reafirmó la competencia en cabeza de la especialidad laboral en virtud del principio de la *perpetuatio jurisdictionis* (archivo 03).

2.2. Respuesta a la Demanda.

FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX como integrantes del CONSORCIO SAYP 2011 (fls. 403 a 460 del archivo 01), se opusieron a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Demandante: **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRAS.**

Aceptó lo referente a la conciliación administrativa que se intentó entre las partes.

Adujo que el CONSORCIO SYAP 2011 como administrador de los recursos del FOSYGA únicamente está facultado legal y contractualmente para realizar los pagos, giros, devoluciones o transferencias que ordene el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, por lo que, no se encuentra legitimada para atender el requerimiento del accionante; y que el proceso de pago de cuentas por los conceptos objeto de la demanda está en función del procedimiento establecido en la Ley, lo cual implica el pleno cumplimiento de los requisitos formales y probatorios jurídicos, económicos, y científicos- técnicos, así como su presentación en la debida oportunidad.

Por su parte, **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** (fls. 581 a del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indicó que para el reconocimiento de las cuentas presentadas por la actora es necesario que estos se encuentren acreditados, es decir, que no haya dudas de la obligación de desembolsar el valor de la indemnización, para lo cual los presupuestos de hecho y de derecho deben encontrarse demostrados; que las reclamaciones que las I.P.S. presentan deben contener que prueben no sólo la atención médica hospitalaria o quirúrgica sino además el evento propio, razón por la que la simple factura no es suficiente para acreditar el derecho al pago; que una vez se presentan las cuentas de obro se realiza una auditoria, de modo que si en esta resulta que no es dable el reconocimiento de alguna factura, no se efectúa su pago, por demás que la mera presentación de dicho título no implica *per se* su reconocimiento; y que las facturas fueron glosadas por extemporaneidad, y que por tal razón, existe una causa de exoneración como lo es la culpa de la víctima.

2.3. Vinculación de la A.D.R.E.S.

En audiencia del 30 de noviembre de 2017 se ordenó la vinculación de la **A.D.R.E.S.** (fls. 645 y 646 del archivo 01), a quien mediante auto del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2015-00187 -02.
Demandante: **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE.**
Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRAS.**

22 de octubre de 2019 se le tuvo por NO CONTESTADA la demanda (fl. 715 del archivo 01).

2.4. Desvinculación de Demandadas.

En audiencia del 13 de marzo de 2020 se efectuó la desvinculación de FIDUPREVISORA S.A., FIDUCOLDEX, y LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL como integrantes del CONSORCIO SAYP 2011, continuándose únicamente el proceso contra la A.D.R.E.S. (fls. 799 a 780 del archivo 01).

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la A.D.R.E.S. a pagar al HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE la suma de \$80'040.626 por el valor de las prestaciones asistenciales suministradas con ocasión de accidentes de tránsito, eventos catastróficos o eventos terroristas.

SEGUNDO: CONDENAR a la A.D.R.E.S. a pagar al HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE los intereses moratorios generados respecto de las sumas contenidas en las facturas que se indican a continuación, desde la fecha indicada para cada una de ellas así:

FACTURA	Intereses moratorios a partir de:
AA083764	30-12-2007
AD018569	24-01-2010
AB079795	28-06-2007
AB074762	4-01-2010
AG006833	21-12-2008
UA138832	09-05-2014
UB126721	1-11-2010
DA100807	9-06-2014
AG006637	9-05-2014
AI004142	1-12-2011

Y hasta que su pago se efectué

TERCERO: CONDENAR a la A.D.R.E.S. a pagar al HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE los intereses moratorios causados sobre las demás facturas objeto de condena, conforme el cuadro Excel anexo, desde el 29 de mayo de 2013 hasta cuando su pago se efectúe.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda incoadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada en la suma de \$5'000.000 como agencias en derecho a favor del demandante

Para arribar a la anterior decisión, señaló que para reconocer las facturas se tuvieron en cuenta los siguientes criterios: i) las normas que

resultaban aplicables, Decreto 1283 de 1996 o Decreto 3990 de 2007, en consideración a las fechas de ocurrencia de los siniestros, ii) Se determinó si el accidente tenía su origen en accidente de tránsito, siniestro catastrófico, o evento terrorista, pues la cobertura que asume la subcuenta E.C.A.T. varía dependiendo del tipo de daño; iii) Se determinó el tipo de vehículo que generó el accidente de tránsito para cuantificar el valor del recobro y su responsable, así: a) Vehículo que no estaba asegurado por inexistencia, vencimiento o falsedad del S.O.A.T., siempre y cuando no existieran víctimas poli-traumatizadas; b) Mismo caso del anterior literal, pero con víctimas poli- traumatizadas o que requieran rehabilitación; c) El vehículo está asegurado; d) Igual situación que el literal anterior, pero con víctimas poli-traumatizadas o que requieren rehabilitación; y que en los literales c) y d) el responsable es la aseguradora y no la subcuenta E.C.A.T.; iv) Se verificó que los recobros realizados no superaran los topes de salarios mínimos diarios para su pago; v) Los vehículos con pólizas falsas se tuvieron como vehículos no asegurados; vi) Se verificó la prueba de los siniestros; vii) La aportación de las facturas, que esta producto de una orden médica, y que el servicio prestado tuviera relación directa con el siniestro; que del anterior ejercicio es dable deprecar que se adeuda la suma de \$53.088.682 por concepto de recobros; que no se estudió la excepción de prescripción, puesto que a la A.D.R.E.S. se le tuvo por no contestada la demanda; que frente a las facturas AA083764, AD018569, AB079795, AB074762, AG006833, UA138832, UB126721, DA100807, AG006637, y AI004142 se demostró la correspondiente fecha de reclamación, por lo que, sus intereses moratorios se deberán pagar a partir del mes siguiente a su radicación; que frente a las demás facturas se tomó como fecha de intereses moratorios la presentación de la demanda, 29 de abril de 2013, por lo que corrieron desde el mes siguiente; y que revisado el asunto, se tiene que el valor total de la condena es de \$80'040.626, por lo que, se efectuaba su corrección aritmética.

4. Argumentos de las Recurrentes.

A.D.R.E.S. explicó que las reclamaciones se presentaron ante el proceso de auditoría de manera tardía, por lo que, les fue impuesta la glosa de extemporaneidad que establece el Decreto 1281 de 2002, pues no se solicitó dentro del término de seis meses; que el anterior término fue

ampliado por el Decreto 019 de 2012 a un año; que los requisitos que se determinan legalmente son para salvaguardar los recursos del sistema de salud, pues no puede destinarse a fines distintos, lo que es congruente con la posición del Consejo de Estado sobre la materia; que dentro del dictamen pericial se estableció que no había lugar al pago de las facturas, pero ello se pasó por alto; que se omitieron las diversas inconsistencias que fueron advertidas por el ente auditor, por demás que se debían acreditar los requisitos mínimos de los Decretos 1283 de 1996 y 3990 de 2007; y que no existe normatividad legal que establezca el pago de intereses moratorios por estos conceptos.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de la A.D.R.E.S.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable ordenar el reconocimiento de la totalidad de las facturas que fueron objeto de glosa?, y ¿es factible el reconocimiento de intereses moratorios?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Recobros a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito E.C.A.T.

El artículo 167 de la Ley 100 de 1993 previó que, en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas y en catástrofes naturales, los afiliados al sistema de salud tienen derecho a los servicios médico- quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial.

Para el caso de los accidentes de tránsito, se previó que el cubrimiento de los servicios médicos quirúrgicos y demás prestaciones quedan a cargo de las aseguradoras del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, S.O.A.T.; no obstante, cuando se está frente a víctimas de accidentes de tránsito de vehículos no asegurados o no identificados, dicho cobro se deberá efectuar ante la subcuenta E.C.A.T.; beneficio con el que también cuentan las víctimas de eventos terroristas y catastróficos (artículos 34 del Decreto 1283 de 1996 y, 2 del Decreto 3990 de 2007).

Actualmente, debe entenderse que el pago de dichos rubros, en virtud de la expedición de la Ley 1753 de 2015 y del Decreto 1429 de 2016, se encuentran en cabeza de la Administradora de los Recursos Sistema General de Seguridad Social en Salud- A.D.R.E.S., quien es la encargada de administrar los recursos que hacen parte del FOSYGA; lo que puede observarse claramente definido en el artículo 31 de la última normatividad.

Así mismo, el Decreto 1283 de 1996 en su artículo 34 establece “(...) *En el caso de los accidentes de tránsito ocasionados por vehículo no identificado o no asegurado, el monto máximo por servicios médico-quirúrgicos será hasta de 500 salarios mínimos diarios legales vigentes en el momento de ocurrencia del accidente (...) agotada la cobertura prevista para el SOAT, la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, asumirá (...), hasta por un valor máximo equivalente a 300 salarios mínimos diarios legales vigentes en el momento del accidente*

(...) El cubrimiento de los beneficios en materia de servicios médico-quirúrgicos en caso de eventos catastróficos tendrá un tope hasta de 800 salarios mínimos diarios vigentes.” Normatividad vigente desde el 23 de julio de 1996 hasta el 19 de octubre de 2007, momento en que es derogada por el Decreto 3990 de 2007.

Por su parte el Decreto 3990 en su artículo 2° establece: *“Beneficios. Las personas que sufran daños corporales causados en accidentes de tránsito (...), tendrán derecho a los servicios y prestaciones (...) bien sea con cargo a la entidad aseguradora que hubiere expedido el SOAT...o con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga (...) así: 1. Servicios médicoquirúrgicos. En el caso de accidentes de tránsito la compañía de seguros y la subcuenta ECAT de Fosyga, en los casos de vehículos no asegurados o no identificados, reconocerán una indemnización máxima de quinientos (500) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del accidente (...) una vez agotado el límite de cobertura anterior, la subcuenta ECAT del Fosyga asumirá, hasta por un valor máximo equivalente a trescientos (300) salarios mínimos diarios legales vigentes. Tratándose de víctimas de eventos terroristas o catástrofes naturales, el valor de la indemnización será hasta por ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del evento (...).”*

Así mismo, el artículo 3° *ejusdem* establece en relación con los servicios médico -quirúrgicos en los eventos catastróficos, actos terroristas, y accidente de tránsito no cubiertos por una aseguradora, que es legitimado para reclamar la Institución Prestadora de Servicios de Salud- I.P.S. que prestó tales servicios, quien por demás es beneficiario según la misma normatividad.

De igual manera, el artículo 4 *ejusdem* determina que, las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a las prestaciones amparadas, deberán acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía, para lo cual podrán utilizar cualquiera de los medios probatorios señalados en la ley, siempre que sean conducentes, pertinentes e idóneos para demostrar efectivamente los hechos a los que se refiere; dicha reclamación estará conformada por los formularios adoptados por el Ministerio de la Protección

Social, acompañados de los documentos correspondientes a cada cobertura, en original o copia auténtica, según el caso.

Ahora bien, observa la Sala que para apoyar su decisión y tomar la decisión que se ajustara a derecho, la *A Quo* decretó oficiosamente un dictamen, con el que según CSJ SL4346-2020 y CSJ SL2349-2021, los jueces pueden soportar su decisión en lo que les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción, pues están sometidos a los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S. En ese sentido, expresamente en sentencia CSJ SL3992-2019, indicó que *“el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones”*.

Así las cosas, encuentra la Sala que de conformidad con el peritaje rendido las facturas objeto de reclamo fueron glosadas con fundamento en su “extemporaneidad”, (archivo Análisis Facturas Proceso 2015-187.xls obrante en la carpeta 016); mismo aspecto que se resalta como objeto de la glosa en el Reporte_Apoyo_Tecnico 2015-187.xls visible en la carpeta 014; sin embargo se considera razonable que la juzgadora de primera instancia se hubiera apartado de tal estudio técnico, puesto que verificado el acervo probatorio, especialmente el trámite de las facturas obrantes a folios en la carpeta 010 se logra determinar que el A.D.R.E.S. tuvo razones adicionales en diversas facturas para glosar sus recobros, así como ciertamente del contenido de tales documentos, especialmente del F.U.R.I.P.S. (Formulario Único de Reclamación por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, en atención a los servicios prestados a víctimas de accidentes de tránsito y eventos terroristas o catastróficos), no se logra evidenciar la fecha de su radicación de varias de ellas.

En todo caso, frente a los recobros glosados por extemporaneidad habrá de rememorarse que tal término fue incluido en el Manual de Auditoria Integral de Recobros por Tecnologías en Salud No Incluidas en el Plan de Beneficios, definiéndolo como *“la inoportunidad en la presentación*

de las solicitudes de recobro por parte de las entidades recobrantes al no adelantar las etapas de pre- radicación y radicación ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto”.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el artículo 7° de la Ley 1281 de 2002 establece que las facturas ante el FOSYGA se deberán presentar a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas; no obstante, establece que vencido este término no habrá reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias, por lo que, no trae como consecuencia la falta de reconocimiento del derecho sino por el contrario la falta de pago de las aludidas facturas.

Posteriormente, la Circular Externa 048 de 2003 indicó que las *“reclamaciones por concepto de servicios médicos – quirúrgicos (...) con cargo a la subcuenta ECAT del FOSYGA (...) garantizará la atención integral en salud a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, acciones terroristas, catástrofes naturales (...) Para tales efectos, la fecha a partir de la cual se empieza a contar el término de 6 meses previsto en el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002 para tramitar el cobro o la reclamación por Vía administrativa ante el FOSYGA será: a. Servicios médico - quirúrgicos: A partir de la fecha de egreso de la víctima de la IPS (...) b. En el evento en que una reclamación por accidente de tránsito sea negada por la Entidad Aseguradora y en consecuencia corresponda realizar el trámite ante el FOSYGA, los seis (6) meses para la presentación de la reclamación se contabilizarán a partir de la fecha de la notificación al reclamante o beneficiario de la decisión adoptada por la aseguradora”.*

Luego, el Decreto 019 de 2012- sin las modificaciones del Decreto 056 de 2015 y la Ley 1753 de 2015- estableció que *“Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.”*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2015-00187 -02.
Demandante: **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE.**
Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRAS.**

Sobre el tópico, la H. Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004 ha señalado que *“la disposición solamente establece la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa”*. Por tanto, es claro que en los términos expuestos no generan la extinción del derecho, aspecto que conforme pronunciamiento del H. Consejo de Estado, sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, quedaría sujeto al término prescriptivo de las facturas cambiarias de conformidad con el artículo 772 del C.Co, esto es, de tres años; mismo término que contempla la normatividad laboral para el establecimiento de la prescripción, conforme a los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

En este punto, es menester aclarar en virtud del grado jurisdiccional de consulta que le asiste a esta corporación que, si bien a la A.D.R.E.S. se le tuvo por no contestada la demanda, de conformidad con el inciso 4° del artículo 61 del C.G.P. *“Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás”*, por lo que, si bien no fue posible tener a dicha entidad como sucesora procesal por decisión que fuere tomada por la juez de primera instancia y que fuere confirmada por esta Corporación, lo cierto es que por las actuaciones que desplegaron sus litisconsortes como lo es, la proposición de excepciones le favorecen, por manera que, al evidenciarse que LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y los integrantes del CONSORCIO SYAP 2011 propusieron tal medio exceptivo, este se estudiará.

En consecuencia, y de conformidad con la información obrante en la carpetas 010, 014, 015 y 016, así como el cuadro anexo a la sentencia de la A Quo en donde además se evidencia que se condenó por 127 facturas tenemos lo siguiente;

N°	N° Factura	Evento	Fecha egreso por siniestro	Radicación y/o rta glosa	Fecha devoluciones	Fecha de demanda	Valor
1	UB145676	Vehículo fantasma	3/06/2009	13/10/2010	26/11/2010	29/04/2013	\$314.273
2	AD019563	No Asegurado	5/12/2009	-	26/11/2010	29/04/2013	\$174.171
3	HE016817	Vehículo fantasma	18/09/2009	-	26/11/2010	29/04/2013	\$236.500
4	UB148623	Vehículo fantasma	21/11/2009	-	26/11/2010	29/04/2013	\$180.258
5	UB143652	No asegurado	13/05/2009	13/10/2010	26/11/2010	29/04/2013	\$364.205
6	FB485407	Vehículo fantasma	7/04/2009	14/10/2010	26/11/2010	29/04/2013	\$225.540
7	FA477877	Vehículo fantasma	24/06/2009	14/10/2010	09/12/2010	29/04/2013	\$62.632
8	FD179362	Vehículo fantasma	16/07/2009	-	09/12/2010	29/04/2013	\$102.367
9	UA146605	Vehículo fantasma	12/07/2009	14/10/2010	09/12/2010	29/04/2013	\$466.911
10	RA144740	Vehículo fantasma	24/07/2009	-	20/12/2010	29/04/2013	\$42.700
11	AG009067	No asegurado	22/10/2009	20/10/2010	20/12/2010	29/04/2013	\$1'020.600

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2015-00187 -02.

Demandante: **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRAS.**

12	FD175860	Vehículo fantasma	16/06/2009	18/03/2011	20/12/2010	29/04/2013	\$214.352
13	UA151098*	Vehículo fantasma	24/08/2009	28/10/2010	18/02/2011	29/04/2013	\$289.493
14	AC059262	SOAT agotado/ en rehabilitación	7/03/2009	26/10/2010	18/02/2011	29/04/2013	\$303.300
15	UA138832	Vehículo fantasma	22/01/2009	29/10/2010 09/04/2014	18/02/2011	29/04/2013	\$608.189
16	AB079795	Vehículo fantasma	30/04/2007	28/05/2007 08/11/2010	02/08/2007 18/02/2011	29/04/2013	\$5'606.000
17	FD188149	SOAT agotado/ en rehabilitación	29/09/2009	02/03/2011	18/02/2011	29/04/2013	\$255.410
18	UC014020	Asegurado	12/11/2009	27/10/2010	18/02/2011	29/04/2013	\$54.060
19	DB150811	SOAT agotado/ en rehabilitación	27/10/2009	26/10/2010	18/02/2011	29/04/2013	\$52.400
20	FD190771	Vehículo fantasma	26/10/2009	28/10/2010	18/02/2011	29/04/2013	\$398.952
21	AA093170	SOAT agotado/ politraumatizado	19/08/2008	15/02/2012	16/06/2011	29/04/2013	\$4'615.000
22	AB074762	Vehículo fantasma	30/10/2006	14/12/2006 04/12/2009	11/07/2007 16/06/2011	29/04/2013	\$10'859.600
23	AA083764	SOAT agotado/ politraumatizado	14/10/2007	30/11/2007 20/01/2012	19/11/2009	29/04/2013	\$4'236.801
24	QA070440	No asegurado	12/05/2011	-	12/06/2012	29/04/2013	\$143.703
25	UA184633	Vehículo fantasma	9/07/2011	-	12/06/2012	29/04/2013	\$201.900
26	UB180933	Vehículo fantasma	8/07/2011	-	12/06/2012	29/04/2013	\$142.281
27	UB180594	Vehículo fantasma	5/07/2011	-	12/06/2012	29/04/2013	\$138.462
28	FA573637	Vehículo fantasma	1/07/2011	-	12/06/2012	29/04/2013	\$44.441
29	FA571629	Vehículo fantasma	15/06/2011	-	12/06/2012	29/04/2013	\$12.493
30	CA163163	SOAT agotado/ en rehabilitación	6/04/2009	19/04/2010 19/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$28.700
31	QA059683*	Vehículo fantasma	15/01/2009	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$4'061.685
32	FA475531	SOAT agotado/ en rehabilitación	5/06/2009	19/04/2010 18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$19.560
33	UA149965	Vehículo fantasma	13/08/2009	20/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$192.392
34	UA151016	Vehículo fantasma	23/08/2009	20/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$149.424
35	FB487577	SOAT agotado/ politraumatizado	28/04/2009	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$24.456
36	UA151343	Vehículo fantasma	26/08/2009	20/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$671.436
37	UB126721	Vehículo fantasma	6/07/2008	07/10/2008 20/01/2012	23/06/2009 28/06/2012	29/04/2013	\$302.235
38	UA137647	Vehículo fantasma	9/01/2009	02/02/2011 20/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$135.198
39	UA138006	Vehículo fantasma	12/01/2009	02/02/2011 20/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$148.822
40	UA138375	Vehículo fantasma	16/01/2009	02/02/2011 20/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$139.436
41	UB128500	No asegurado	6/08/2008	02/02/2011 19/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$524.280
42	CA165915	SOAT agotado/ en rehabilitación	19/06/2009	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$28.700
43	FD176251	SOAT agotado/ en rehabilitación	19/06/2009	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$4'337.000
44	AI002791	SOAT agotado/ en rehabilitación	7/10/2010	03/03/2011 11/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$4'615.000
45	AC051160	No Asegurado	19/03/2008	27/05/2008 08/11/2010 12/09/2011 31/01/2011 11/01/2012	04/11/2008 28/06/2012	29/04/2013	\$523.117
46	AI003514	Póliza falsa	9/11/2010	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$29.700
47	CE097563*	SOAT agotado/ en rehabilitación	5/06/2009	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$28.700
48	DA100807	No asegurado	2/02/2009	20/01/2012 09/05/2014	30/11/2009 28/06/2012	29/04/2013	\$204.772
49	DE027947	Asegurado	1/08/2008	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$177.000
50	DE034101	Asegurado	11/08/2009	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$12.800
51	FA493338	Vehículo fantasma	31/10/2009	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$22.840
52	FB491139	SOAT agotado/ en rehabilitación	3/06/2009	18/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$50.753
53	FD169382	SOAT agotado/ en rehabilitación	20/04/2009	19/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$15.092
54	FD186315	Vehículo fantasma	11/09/2009	19/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$160.931
55	RA138433	Vehículo fantasma	15/09/2008	20/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$219.700
56	UA133037	Vehículo fantasma	16/08/2008	19/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$337.535
57	UA133073	Vehículo fantasma	16/08/2008	19/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$568.955
58	UA138462	Explosión terrorista	17/01/2009	02/02/2011 20/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$195.968
59	UB132761	Vehículo en fuga	31/10/2008	02/02/2011 19/01/2012	28/06/2012	29/04/2013	\$228.535
60	AB120154	Vehículo fantasma	17/02/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$170.478
61	AD023616	No asegurado	9/04/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$106.093

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2015-00187 -02.

Demandante: **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRAS.**

62	AD023736	No asegurado	22/05/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$6'608.136
63	AF024263	Vehículo fantasma	19/12/2010	-	28/06/2012	29/04/2013	\$1'470.024
64	CA192120	Explosión terrorista	14/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$30.900
65	CB260446	Explosión terrorista	17/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$30.900
66	CB263043	Explosión terrorista	1/08/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$30.900
67	CE125520	Explosión terrorista	29/07/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$30.900
68	DE042605	Vehículo fantasma	8/03/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$137.000
69	FA554544	Vehículo fantasma	10/02/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$103.390
70	FA571453	Explosión terrorista	14/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$40.708
71	HE025689	Explosión terrorista	17/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$40.725
72	OA069090	Explosión terrorista	5/07/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$40.708
73	QA070747	Explosión terrorista	14/03/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$25.948
74	QA070751	Explosión terrorista	4/05/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$30.900
75	QA070753	Explosión terrorista	19/07/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$30.900
76	UA175609	Vehículo fantasma	1/01/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$118.316
77	UA176170*	Vehículo fantasma	7/01/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$40.550
78	UA176172	Vehículo fantasma	7/01/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$40.550
79	UA176398	Vehículo fantasma	10/01/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$108.799
80	UA178136	Vehículo fantasma	18/02/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$186.898
81	UA178296	Vehículo fantasma	20/02/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$117.481
82	UA179278	Vehículo fantasma	11/03/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$149.731
83	UA179689	Vehículo en fuga	16/03/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$247.790
84	UA180020	Vehículo fantasma	18/03/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$100.836
85	UA180781	Vehículo fantasma	26/03/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$216.478
86	UA181230	Vehículo fantasma	30/03/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$131.707
87	UA183648	Vehículo fantasma	12/05/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$108.002
88	UA183861	Vehículo fantasma	15/05/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$189.549
89	UB167950	Vehículo fantasma	1/11/2010	-	28/06/2012	29/04/2013	\$130.100
90	UB171076	Vehículo fantasma	23/01/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$340.960
91	UB171947	Vehículo fantasma	1/02/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$238.024
92	UB172188	Vehículo fantasma	4/02/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$252.883
93	UB172573	Vehículo fantasma	8/02/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$106.032
94	UB173440	Vehículo fantasma	27/02/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$242.134
95	UB174345	Vehículo fantasma	6/04/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$1'826.415
96	UB174509	Vehículo fantasma	7/04/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$135.282
97	UB176305	Vehículo fantasma	18/05/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$147.147
98	UB176716	Vehículo fantasma	16/04/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$2'935.898
99	UB176750	Vehículo fantasma	22/05/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$653.362
100	AI004648	Vehículo fantasma	28/07/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$613.547
101	AD018569	SOAT agotado/ politraumatizado	16/12/2008	24/12/2009	28/06/2012	29/04/2013	\$118.000
102	CE110518	No asegurado	3/06/2010	-	28/06/2012	29/04/2013	\$29.700
103	CE110827	Vehículo fantasma	11/06/2010	-	28/06/2012	29/04/2013	\$29.700
104	RA148440	Vehículo fantasma	11/12/2009	-	28/06/2012	29/04/2013	\$42.700
105	RD018674	Vehículo fantasma	10/06/2010	-	28/06/2012	29/04/2013	\$29.000
106	AI004261	No asegurado	8/10/2010	-	28/06/2012	29/04/2013	\$1'099.725
107	DE044114	Vehículo fantasma	15/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$109.600
108	DE044306	Vehículo fantasma	16/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$123.300
109	RB205503	Vehículo fantasma	10/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$254.900
110	UA178529*	No asegurado	22/02/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$212.290
111	UA184000	Vehículo fantasma	3/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$100.169
112	UA184182	Vehículo fantasma	5/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$125.426
113	UB176499	Vehículo fantasma	20/05/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$121.219
114	UB177440	Vehículo fantasma	28/05/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$135.767
115	UB179661	Vehículo fantasma	26/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$173.525
116	UB179779	Vehículo fantasma	27/06/2011	-	28/06/2012	29/04/2013	\$220.213
117	AG006833	Póliza falsa	10/11/2008	21/11/2008 15/02/2012	23/10/2009 15/08/2012	29/04/2013	\$148.136
118	AG006637	Vehículo fantasma	26/10/2008	16/02/2012 09/04/2014	23/10/2009 15/08/2012	29/04/2013	\$199.959
119	UA165042	Vehículo fantasma	16/05/2010	-	15/08/2012	29/04/2013	\$137.287
120	AC071568	No asegurado	12/04/2010	-	15/08/2012	29/04/2013	\$177.890
121	UC017759	Vehículo fantasma	15/08/2010	-	15/08/2012	29/04/2013	\$233.586
122	UA171407	Vehículo fantasma	11/09/2010	-	15/08/2012	29/04/2013	\$413.104
123	FA521902	Vehículo fantasma	8/06/2010	01/11/2011	15/08/2012	29/04/2013	\$425.709
124	AI004142	No asegurado	25/11/2010	01/11/2011	16/08/2012	29/04/2013	\$213.168
125	AA107273	Vehículo fantasma	6/10/2009	-	16/08/2012	29/04/2013	\$7'119.577
126	AI003878	Póliza falsa	5/01/2011	-	18/08/2012	29/04/2013	\$133.000
127	UA180770*	Vehículo fantasma	25/03/2011	-	18/08/2012	29/04/2013	\$108.018
TOTAL							\$ 80.063.465

Así las cosas, y de conformidad con el cuadro aludido es dable considerar que operó el fenómeno prescriptivo sobre las siguientes facturas:

1. AB079795: se hizo exigible el 01 de mayo de 2007, se reclamó el 28 de mayo de 2007, se devolvió el 02 de agosto de 2007, y no se demandó dentro del término de tres años, por demás que sólo se presentó nueva reclamación hasta el 08 de noviembre de 2010, esto es, cuando ya habían transcurrido el término aludido desde su devolución;

2. AB074762: se hizo exigible el 31 de octubre de 2006, se reclamó el 14 de diciembre de 2006, se devolvió el 11 de julio de 2007, no se demandó dentro de los tres años siguientes, y la respuesta a la glosa se presentó hasta el 04 de diciembre de 2009, esto es, por fuera de término para considerar que se trataba de algún medio de impugnación por vía administrativa; recuérdese que el artículo 23 de la Resolución 3099 de 2008 establece un término de dos meses para la objeción de la auditoría;

3. AA083764: no se acredita devolución del S.O.A.T., por lo que, se entiende que se hizo exigible el 15 de octubre de 2007- fecha de egreso de la víctima del siniestro-, se reclamó el 30 de noviembre de 2007, se devolvió el 19 de noviembre de 2009, no se demandó dentro de los tres años siguientes, y la respuesta a la glosa se presentó hasta el 20 de enero de 2012, esto es, por fuera de término para considerar que se trataba de algún medio de impugnación por vía administrativa; recuérdese que el artículo 23 de la Resolución 3099 de 2008 establece un término de dos meses para la objeción de la auditoría;

4. QA059683: Se hizo exigible el 16 de enero de 2009, empero no existe constancia de reclamación sino de respuesta de la glosa, la cual data del 18 de enero de 2012, esto es, luego de transcurridos más de tres años;

5. UB126721: Se hizo exigible el 07 de julio de 2008, se reclamó el 07 de octubre de 2008, se devolvió el 23 de junio de 2009, no se demandó dentro de los tres años siguientes, y la respuesta a la glosa se presentó hasta el 31 de enero de 2011, esto es, por fuera de término para considerar que se trataba de algún medio de impugnación por vía administrativa; recuérdese

que el artículo 23 de la Resolución 3099 de 2008 establece un término de dos meses para la objeción de la auditoría;

6. AC051160: Se hizo exigible el 20 de marzo de 2008, se reclamó el 27 de mayo de 2008, se devolvió el 04 de noviembre de 2008, no se demandó dentro de los tres años siguientes, y la primera respuesta a la glosa se presentó hasta el 08 de noviembre de 2010, esto es, por fuera de término para considerar que se trataba de algún medio de impugnación por vía administrativa; recuérdese que el artículo 23 de la Resolución 3099 de 2008 establece un término de dos meses para la objeción de la auditoría;

7. DE027947: Se hizo exigible el 02 de agosto de 2008, empero no existe constancia de reclamación sino de respuesta de la glosa, la cual data del 18 de enero de 2012, esto es, luego de transcurridos más de tres años;

8. RA138433: Se hizo exigible el 16 de septiembre de 2008, empero no existe constancia de reclamación sino de respuesta de la glosa, la cual data del 20 de enero de 2012, esto es, luego de transcurridos más de tres años;

9. UA133037: Se hizo exigible el 17 de agosto de 2008, empero no existe constancia de reclamación sino de respuesta de la glosa, la cual data del 19 de enero de 2012, esto es, luego de transcurridos más de tres años;

10. UA133073: Se hizo exigible el 17 de agosto de 2008, empero no existe constancia de reclamación sino de respuesta de la glosa, la cual data del 19 de enero de 2012, esto es, luego de transcurridos más de tres años;

11. AG006833: Se hizo exigible el 11 de noviembre de 2008, se reclamó el 21 de noviembre de 2008, se devolvió el 23 de octubre de 2009, no se demandó dentro de los tres años siguientes, y respuesta a la glosa se presentó hasta el 15 de febrero de 2012, esto es, por fuera de término para considerar que se trataba de algún medio de impugnación por vía administrativa; recuérdese que el artículo 23 de la Resolución 3099 de 2008 establece un término de dos meses para la objeción de la auditoría;

12. AG006637: Se hizo exigible el 26 de octubre de 2008, se devolvió el 23 de octubre de 2009, no se demandó dentro de los tres años siguientes, y primera respuesta a la glosa se presentó hasta el 16 de febrero de 2012, esto es, por fuera de término para considerar que se trataba de algún medio de impugnación por vía administrativa; recuérdese que el artículo 23 de la Resolución 3099 de 2008 establece un término de dos meses para la objeción de la auditoría;

Por otra parte, frente al recobro **UC014020** la Sala considera que tampoco es dable su reconocimiento pues se trata de un vehículo asegurado frente al que no se demostró que se hubiera agotado la cobertura del S.O.A.T. o que la póliza fuera falsa, por lo que, no está suficientemente demostrado que le correspondía su pago a la A.D.R.E.S.

Igualmente, debe advertirse que frente a los demás recobros los requisitos formales (artículo 4 del Decreto 3990 de 2007) se encuentran debidamente acreditados, tal y como se puede observar en las documentales obrantes en la carpeta 010, pues fueron allegadas los correspondientes formatos F.U.R.I.P.S. (Formulario Único de Reclamación por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, en atención a los servicios prestados a víctimas de accidentes de tránsito y eventos terroristas o catastróficos), facturas de venta, los certificados de atención médica, y la denuncia penal, junto con los respectivos soportes de los servicios médico-quirúrgicos.

Así las cosas, le corresponde asumir a la A.D.R.E.S. un total de **\$52'927.982**, por lo que, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia a fin de establecer tal valor y, se procederá a estudiar si hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios.

Intereses moratorios e indexación.

Como se adujo en precedencia el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 señala que si no se reclama la cuenta de cobro dentro del término establecido para tal efecto no habrá reconocimiento de intereses ni otras sanciones pecuniarias; lo que no se aplicará cuando la glosa sea infundada.

Así las cosas, la procedencia de los intereses moratorios está supeditada a la presentación de glosas infundadas, siempre y cuando su cobro no se presente dentro del término legal a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador; bajo dicha precisión, se procedió a verificar si había lugar a intereses moratorios, encontrándose que únicamente es dable su reconocimiento frente a la factura AI002791, puesto que frente a las demás facturas no se acreditó reclamación o la existente en el plenario está por fuera del término de seis meses que trata el Decreto 1281 de 2002, de manera que, sobre estas no fue posible determinar si la glosa por extemporaneidad fue infundada.

Por lo anterior, y conforme al aludido artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 hay lugar a intereses moratorios frente a la factura aludida “*desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro*”, por tanto, sería del caso establecerlos desde el 03 de marzo de 2011, sino fuera porque la *A Quo*, los reconoció desde el 29 de mayo de 2013, sin que ello fuera objeto de apelación por parte de la demandante, por lo que, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no es dable su modificación tal aspecto, por demás que le es más favorable tal condena a favor de quien se conoce tal tópico en grado jurisdiccional de consulta.

Por lo anterior, se hace imperioso **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que únicamente se reconocen los intereses moratorios de la factura AI002791 desde el 29 de mayo de 2013 hasta que se haga efectivo su pago; igualmente, frente a las demás facturas que no son objeto de condena por concepto de intereses moratorios, su reconocimiento deberá realizarse debidamente **indexado**, puesto que se han visto sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del valor adquisitivo del dinero.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia. Las de primera, se deberán ajustar teniendo en cuenta las modificaciones realizadas en esta instancia.

Demandante: **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRAS.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que la A.D.R.E.S. debe pagar al HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE la suma de **\$52'927.982** por valor de las prestaciones asistenciales suministradas con ocasión de accidentes de tránsito, eventos catastróficos o eventos terroristas.

SEGUNDO. – **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer, que la A.D.R.E.S. debe pagar al HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE únicamente los intereses moratorios generados respecto de la factura **AI002791** desde el 29 de mayo de 2013, hasta cuando su pago se efectúe. Las demás facturas objeto de condena se deberán reconocer debidamente **indexadas** al momento en que se haga efectivo su pago.

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

CUARTO. – Sin costas en esta instancia. Las de primera, deberán ajustarse teniendo en cuenta las modificaciones realizadas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2015-00187 -02.

Demandante: **HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRAS.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2017-00327-01.

Demandante: NOHORA MURCIA NARANJO.

Demandado: FIDUPREVISORA SA – PAR CAPRECOM.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta y Uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **NOHORA MURCIA NARANJO**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que adelanta contra **EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM**, representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA SA**.

II. AUTO

La Sala reconoce personería para actuar a la abogada Luisa Fernanda Suárez Cuellar, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.024.547.548 de Bogotá y T.P. No. 283.195 del C.S de la J, como apoderada del PAR CAPRECOM, de acuerdo con el poder de sustitución aportado en debida forma por la abogada Vanessa Fernanda Garreta Jaramillo (archivo segunda instancia *05poder*).

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó de la demandada se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de junio de 1997 al 9 de mayo de 2016; que pertenecía a SINTRACAPRECOM; y que se incumplieron los acuerdos convencionales de no liquidación de la entidad. En consecuencia, requiere el reconocimiento y pago de los derechos convencionales dejados de percibir, reajuste de sueldo y prestaciones convencionales de 2003 a 2015 y 2016; prima de junio, prima de navidad, bonificación de recreación, bonificación por servicios prestados, quinquenio, desde el 12 de junio de 2003 al 30 de abril de 2016; descanso especial o adicional, recreación por vacaciones del 12 de junio de 2003 al 31 de diciembre de 2012; aportes educativos de los hijos; plan de atención complementario actualizado en su conservación y desarrollo de derechos en salud; auxilio funerario e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que: 1) Fue vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajadora oficial desde el 18 de junio de 1997 al 9 de mayo de 2016 como Profesional Universitario II; 2) Desempeñó sus funciones de manera dependiente, cumpliendo horarios, acatando órdenes, asistiendo a capacitaciones, reuniones y demás actividades que el empleador le encargara; atendiendo horario de trabajo; 3) Devengaba \$3'065.320; 4) SINTRACAPRECOM y CAPRECOM suscribieron un Acuerdo Extra Convencional el 12 de junio de 2003, y aceptó suspender parcial y temporalmente por un término de diez años la Convención Colectiva vigente para buscar equilibrio financiero; no obstante, se estableció que en caso que no se lograra la viabilización de la entidad, la convención conservará su vigencia y dicho acuerdo quedaría sin aplicación; 5) En 2013 se evaluó nuevamente la situación financiera de la entidad, y se acordó que se prorrogará por cinco años más; 6) Mediante Decreto 2519 de 2015 se dispuso la supresión y liquidación de CAPRECOM E.I.C.E.; 7) Se acogió al plan único de retiro consensuado con trabajadores de CAPRECOM E.I.C.E., en el que se llegó a un acuerdo desde el 28 de diciembre de 2015 hasta la fecha de la conciliación, por lo que, no incluía los valores convencionales pretendidos, pues estos quedaron sometidos a lo que resolviera el Agente Liquidador; 8) CAPRECOM E.I.C.E. ha efectuado el reconocimiento y pago de ajustes salariales, nivelación salarial, y todos los beneficios en dinero o

en especie, primas extralegales, auxilios, subsidios causados durante la vigencia del trabajo; 9) El 17 de marzo de 2016 elevó reclamación administrativa, la que se negó mediante Resolución AL-02849 de 2016, por medio de la cual se gradúa una acreencia laboral, señaló que el liquidador no tiene competencia para reconocer derecho adicionales a su favor y que es reclamación está sometida a las reglas de la prescripción, además que las acreencias pretendidas se encontraban suspendidas; decisión que fue confirmada mediante Resolución AL-05858 del 8 de julio de 2016; 10) A través de la Resolución AL-05858 de 2016 se confirmó la decisión atacada; 11) y con la Resolución AL08051 de 2016 se declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria parcial de las resoluciones AL- 02849 y AL-05858 de 2016, para en su lugar rechazar el reconocimiento de la solicitud, decisión frente a la que interpuso recurso de reposición, el que no ha sido resuelto; y 12) Se encontraba afiliada a SINTRACAPRECOM. (fl. 3 a 68 archivo 01expedientedigitalizado.pdf).

3.2. Respuesta a la Demanda.

El PAR CAPRECOM LIQUIDADO administrado por FIDUPREVISORA S.A. (fls. 22 a 29), se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó que mediante Decreto 2519 de 2015 se dispuso la supresión y liquidación de CAPRECOM E.I.C.E.; la existencia de SINTRACAPRECOM; y que entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM se firmaron los acuerdos extra convencionales de 2003 y 2013, adujo que entre las partes existió una conciliación que hizo tránsito a cosa juzgada, que nunca fue empleador de la accionante; que CAPRECOM E.I.C.E. fue liquidado y la suerte de lo accesorio sigue la de lo principal; que el Acuerdo extra convencional no establece el pago de los derechos suspendidos, únicamente que este acuerdo quedaría sin aplicación; que algunos de los auxilios que se pretenden es inviable reconocerlos por imposibilidad física de inexistencia de la entidad, y que en las convenciones colectivas de 2011, 2012 y 2013, se hicieron reconocimientos económicos a los trabajadores vinculados a la entidad antes del año 2003, que se deben tomar como compensatorios.

Propuso como excepciones la falta de competencia, cosa juzgada, prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, inepta demanda (*fl. 246 a 259 archivo 01expedientedigitalizado.pdf*).

3.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la señora NOHORA MURCIA NARANJO y, en consecuencia, ABSOLVER de las mismas a la demandada PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, COBRO DE LO NO DEBIDO y PARCIALMENTE PROBADA la de COSA JUZGADA, formuladas por la demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho

Para llegar a esta conclusión en síntesis sostuvo que no fue objeto de controversia la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, así como que la actora pertenecía a SINTRACAPRECOM; que frente al acuerdo conciliatorio consideró que es válido frente a las pretensiones y derechos causados entre el 28 de diciembre del 2015 y el 9 de mayo del 2016, fecha de finalización del contrato de trabajo por lo que el estudio de las pretensiones de la demanda solo se centraría en los derechos causados con anterioridad al 28 de diciembre del 2015, agregó que con el Decreto 2519 del 2015 no se reactivaron los derechos suspendidos temporalmente mediante los acuerdos extra convencionales suscritos entre Caprecom y su sindicato, por tanto, no le asiste al derecho a la demandante al reconocimiento de las prestaciones de carácter convencional causadas entre el 12 de junio del 2003 y el 28 de diciembre del 2015.

3.4. Argumentos de la Recurrente.

En síntesis, la demandante argumentó que más allá de la eficacia o no del acuerdo convencional suscrito entre la organización sindical y el empleador, lo cierto es que a partir del 7 de junio del 2013 los beneficios convencionales suspendidos fueron reactivados por voluntad de las partes que hicieron parte de la negociación colectiva, por lo que sí resulta dable su pago a partir de la fecha que se dispuso convencionalmente, como apoyo adujo varios precedentes jurisprudenciales de este Tribunal.

3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 16 de febrero de 2023 se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por las partes para reafirmar su postura respecto de sus intereses

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso presentado por la demandante.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable el reconocimiento de los beneficios convencionales tales como reajuste de sueldo y prestaciones convencionales prima de junio, prima de navidad, bonificación de recreación, bonificación por servicios prestados, quinquenio, descanso especial, recreación por vacaciones, aportes educativos de los hijos, plan de atención complementario actualizado en su conservación y auxilio funerario, pese a que estaban suspendidos y posteriormente fueron activados?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

4.1. De los beneficios convencionales

El artículo 467 del C.S.T, consagra que la convención colectiva de trabajo tiene como fin el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y de empleo, las que deben tener como fin mejorar la calidad de vida, la formación y la igualdad entre trabajadores.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL16811-2017, señaló: *“Auspiciada por las nuevas formas de organización del trabajo, los contratos colectivos en la actualidad se han convertido en una herramienta eficaz de cooperación y de cogestión de los aspectos que repercuten directa o indirectamente sobre el trabajo. Por lo tanto, las estipulaciones de los acuerdos pueden transitar desde el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y de empleo, orientadas a mejorar la calidad de vida, la formación y la igualdad entre los trabajadores, hasta aquellos arreglos encaminados a superar las caídas y las crisis económicas, proteger las fuentes de empleo y permitir la adaptabilidad de las empresas. Tal sería el caso de las cláusulas relativas al número de personas a contratar, supresión de puestos, traslados, entre otras medidas que dan cuenta del fin genuino de las convenciones colectivas de servir de instrumento de diálogo social para la edificación de relaciones de trabajo constructivas, cooperadas y estables, donde todos los interlocutores sociales puedan crecer y prosperar conjuntamente”*.

Esa misma Corporación ha indicado que las organizaciones sindicales y las empresas, al celebrar un acuerdo convencional, están investidas de la libertad suficiente, de acuerdo con el derecho a la negociación colectiva constitucional, para determinar el marco de aplicación de los beneficios allí contemplados, el cual incluso puede estar por encima de los parámetros legales, siempre y cuando su objeto y causa sean lícitos, no se desconozcan derechos mínimos de los trabajadores o, en general, no se produzca lesión a la Constitución y Ley (CSJ SL, 28 feb. 2012, Rad. 42947 y CSJ SL, 17 abr. 2013 Rad. 45385).

Asimismo, en sentencia de 17 de abr. de 2013, Rad. 39608, reiterada en sentencia del 27 de ago. de 2014, Rad. 41442, indicó que en aquellos casos en que la disposición convencional admita diferentes interpretaciones, el juez no puede asignar al texto normativo un alcance absolutamente descabellado, ajeno a la intención de los contratantes o al tenor literal del contrato, pues conforme a la facultad del artículo 61 del CPT y de la SS, se deben apreciar de manera libre y razonada los medios probatorios.

4.2. Del caso concreto

No fue motivo de discusión en esta instancia que i) la actora fue vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajadora oficial desde el 18 de junio de 1997 al 9 de mayo de 2016, ii) SINTRACAPRECOM y CAPRECOM suscribieron un Acuerdo Extra Convencional el 12 de junio de 2003, en donde acordaron suspender parcial y temporalmente por un término de diez años la Convención Colectiva vigente para buscar equilibrio financiero, iii) En 2013 se evaluó nuevamente la situación financiera de la entidad, y se acordó que se prorrogará por cinco años más, iv) Mediante Decreto 2519 de 2015 se dispuso la supresión y liquidación de CAPRECOM E.I.C.E., v) la actora Se acogió al plan único de retiro consensuado con trabajadores de CAPRECOM E.I.C.E., en el que se llegó a un acuerdo desde el 28 de diciembre de 2015 hasta la fecha de la conciliación, por lo que, no incluía los valores convencionales pretendidos, pues estos quedaron sometidos a lo que resolviera el Agente Liquidador, y vi) que se encontraba afiliada a SINTRACAPRECOM.

En efecto, para dar respuesta al problema jurídico, la Sala evidencia que en efecto, entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM se suscribió Acuerdo Extra Convencional el 12 de junio de 2003, en cuyo art. 8 dispone: *“Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo extraconvencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación”* (fl. 179 archivo 01expedientedigitalizado.pdf), con la finalidad de aligerar de alguna manera, la carga económica que pesaba sobre la entidad, por lo que a juicio de las partes era necesaria una racionalización de costos y, por ende, la suspensión de algunos derechos por el término de 10 años.

Asimismo, para el año de 2013, las partes se volvieron reunir y decidieron que el acuerdo suscrito requería de un nuevo compromiso conjunto; por lo que se acordó ampliar la vigencia por 5 años más, dejando claro que los trabajadores tendrían incremento salarial para esos años, ase reactivaría algunos beneficios convencionales como el pago de la bonificación, y bonificación especial por recreación, pero siempre dejando claro que el art. 8 del mencionado acuerdo permanecía incólume, así se desprende del literal f) parágrafo:

PARÁGRAFO. Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos señalados en el Acuerdo extraconvencional del 12 de junio de 2003 y se determiné por parte del Gobierno su fusión o liquidación, la Convención Colectiva conservará su vigencia y el Acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación.

Por ello, una vez examinados dichos acuerdos no se evidencian que el interés de las partes haya sido el reconocimiento de los derechos convencionales suspendidos cobren vigencia de forma retroactiva, pues bajo dicho contexto, y de la lectura de dicha cláusula, considera la Sala que la interpretación realizada por el *a quo* resulta conteste con el querer de la empresa como del sindicato, ya que de las mencionadas cláusulas no se logra inferir que los beneficios dejados de pagar se deban reconocer de forma retroactiva, más cuando las partes al decidir suspenderlos por 10 años y luego al evaluarlos nuevamente al término de ese tiempo, constataron que no era posible activarlos, precisamente porque la situación financiera de la empresa no era la mejor, lo que en últimas daría lugar a su liquidación definitiva.

Se debe recordar en este punto que, si bien no es dable que, a través de documentos privados suscritos entre el trabajador y el empresario, se renuncie a los derechos consagrados en una convención colectiva, como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL983-2021), en este caso se estaría ante una situación diferente, pues i) no se trata de acuerdo una acuerdo individual entre trabajador y empresa, sino entre sindicato empresario, ii) no se está renunciando a ningún derecho convencional, sino a una suspensión temporal en el tiempo, por lo que era factible que así lo

acordaran como también que durante ese término el sindicato no podría reclamar derecho alguno, precisamente porque estaban suspendidos.

Entonces, para la Sala, no es procedente que la demandante pretenda el reconocimiento de derechos que se hallaban en suspenso, y si bien con la expedición del Decreto 2519 de 2015 (por medio del cual se suprime y liquida Caprecom), se reactivaron los beneficios que se hallaban pausados, lo cierto es que tales derechos generados desde esa fecha a la terminación del contrato de trabajo fueron conciliados tal como lo declaró la jueza de primera instancia (cosa juzgada parcial) y que la demandante de una u otra manera estuvo conforme con tal decisión al no proponer ningún punto sobre ese tema en su recurso de apelación.

En consecuencia, se confirmará en todas sus partes la sentencia atacada.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de agosto de 2022, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2017-00327-01.

Demandante: NOHORA MURCIA NARANJO.

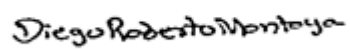
Demandado: FIDUPREVISORA SA – PAR CAPRECOM.

Seguridad Social.

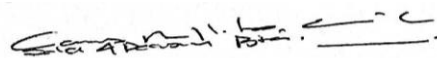
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2020-00126-01.

Demandante: **ANA ILDE OLARTE ESTUPIÑÁN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta y Uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de agosto de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **ANA ILDE OLARTE ESTUPIÑÁN** contra **PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A, PROTECCIÓN S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A. traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los

Demandante: **ANA ILDE OLARTE ESTUPIÑÁN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** (fls. 1 a 7 del archivo 8, 1 a 50 del archivo 12, 1 a 57 del archivo 14, y 1 a 97 del archivo 20), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción. Igualmente, **COLFONDOS S.A.** propuso la excepción de compensación

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ANA ILDE OLARTE ESTUPIÑÁN al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° marzo de 1996, por intermedio de la SOCIEDAD DAVIVIR hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ANA ILDE OLARTE ESTUPIÑÁN identificada con C.C. 60.317.589 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos que fueron propuestos por el extremo demandado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES; COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte la actora.

2.4. Argumentos del Recurrente.

COLPENSIONES manifestó que no se tuvo en cuenta las reglas aplicables dentro de las obligaciones contractuales adquiridas por la

demandante, quien debía seguir lo dispuesto en el Decreto 2241 del 2010, no obstante, guardó silencio en su rol de consumidora, así como no ejerció una adecuada revisión de su negocio jurídico; que la responsabilidad objetiva directamente endilgada a COLPENSIONES no debe exonerar en ningún momento a quien genera el daño, pues en este escenario es esta quien directamente asume las consecuencias de la afiliación de la actora conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993; que para el momento del traslado no era exigible para los fondos privados de pensiones un nivel de asesoría como lo expuso la Corte Suprema de Justicia, por lo que el documento aportado dentro del proceso, formulario de afiliación, es el mecanismo más idóneo para demostrar que la afiliación fue en debida forma; que COLPENSIONES en este tipo de procesos es el único que no tiene forma de defenderse, lo que se agrava cuando ninguna de las demás demandadas hace un esfuerzo para poder evitar la decisión; que no se puede ser COLPENSIONES el único responsable de las relaciones jurídicas de la demandante y los fondos privados demandados, pues se estaría afectado el principio de sostenibilidad financiera.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Fondo de Pensiones y Cesantías Davivir hoy PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1 De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 23 de octubre de 1989 presenta aportes en tal régimen, según la documental visible en el expediente administrativo obrante en la carpeta 10; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del

fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 13 de febrero de 1996 (fl.34 del archivo 14).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 34 del archivo 14, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 13 de febrero de 1996 con el Fondo de Cesantías y Pensiones DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Olarte Estupiñán se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (13 de febrero de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que los asesores del Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR le indicaron que podría obtener el reconocimiento de la pensión de vejez de forma anticipada y cuando el afiliado lo determinara, que los montos de la pensión en ambos regímenes pensionales eran asimilables, y que el fondo privado generaba mayores rendimientos; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable

exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Lo dicho cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta que en juicio se rindió peritaje por parte de Vidal Arturo Casteblanco como miembro de la sociedad Estuplan Ltda. para determinar que posibilidad que tenía el Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. para realizar a favor del actor un comparativo de la situación pensional del actor, en donde se concluyó que era posible determinar que la pensión que le resultaría más favorable a la actora era la del régimen de prima media (fls. 53 a 68 del archivo 03); el perito, el señor Vidal Arturo Casteblanco acudió a juicio, y explicó como arribó a tal conclusión, aduciendo que su estimación se realizó teniendo en cuenta índices económicos de la época.

En cuanto al interrogatorio de parte del representante legal de PROTECCIÓN S.A., se advierte que este es insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Ahora bien, y en cuanto a los traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de PROTECCIÓN S.A. a COLFONDOS el 23 de noviembre del 2000 (fl.35 del archivo 14); y de COLFONDOS a PORVENIR S.A. el 23 de septiembre de 2011 (fl.41 del archivo 12); es de anotar que las mismas no suplen la obligación primigenia que tenía el Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., de haberle brindado en el año 1996 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al

sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y valores pagados por seguros previsionales, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

Por las mismas razones, se hace necesario ADICIONAR el aludido numeral en el sentido de establecer que PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deben devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,**

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

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **ANA ILDE OLARTE ESTUPIÑÁN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y valores pagados por seguros previsionales, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

ADICIONAR el aludido numeral en el sentido de establecer que **PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** deben devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2020-00126-01.

Demandante: **ANA ILDE OLARTE ESTUPIÑÁN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

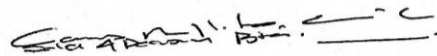
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., 31 de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **LIBARDO GÓMEZ RAMÍREZ**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida por Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que adelanta el primero contra la segunda.

II. AUTO

Se reconoce personería para actuar a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y T.P. No. 221.228 del C.S de la J, como apoderada de Colpensiones, de acuerdo con el poder aportado en archivo segunda instancia *05alegatoscolpensiones*.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante pretende de Colpensiones que su derecho pensional sea reliquidado desde el 21 de julio de 2014, con base en el acuerdo 049 de

1990, teniendo como base 1.765 semanas de cotización, una tasa de reemplazo del 90% y con un IBL de los últimos 10 años aportados, así como el pago de retroactivo, intereses moratorios y costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones relató los siguientes hechos que se resumen así: el actor nació el 21 de julio de 1954, laboró para varias entidades públicas y empresas privadas con más de 750 semanas de cotización al 1 de abril de 1993; que el 8 de septiembre de 2014 radicó ante la demandada solicitud de pensión de vejez, la cual fue otorgada mediante Resolución GNR 161094 de 1 de 2015, sin tener en consideración las semanas cotizadas al sector público, por lo que interpuso los recursos legales correspondientes sin que la decisión fuera modificada por Colpensiones, bajo el argumento que no se podían acumular tiempos públicos y privados para dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990 (*f.º 2 a 10, archivo 01cuaderno principal*).

3.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada se apuso a las pretensiones de la demanda, argumentó que la pensión de vejez se reconoció al demandante bajo los postulados legales vigentes al momento de la solicitud y que no evidenció error en el cálculo de la misma. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, pago de lo no debido y la genérica (*f.º 1 a 14, archivo 07contestacioncolpensiones*).

3.3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la reliquidación pensional a favor del señor LIBARDO GÓMEZ RAMIREZ identificado con C.C. 5.745.414, conforme las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, advirtiendo que el valor de la mesada pensional que debe seguir pagándose al demandante a partir de la presente sentencia asciende a la suma de \$2.049.360, conforme las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del señor LIBARDO GÓMEZ RAMIREZ, el retroactivo pensional causado desde el 21 de julio de 2014 y hasta la fecha de la presente sentencia, debidamente indexado en la suma de \$26.217.302,67.

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo a que tiene derecho el demandante, el porcentaje que en derecho corresponde, a los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme los argumentos expuestos en este proveído.

QUINTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS las excepciones formuladas por la demandada, denominadas inexistencia del derecho, cobro y pago de lo no debido, y NO PROBADA la de prescripción, conforme lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada COLPENSIONES por resultar vencida en juicio. Tásense por Secretaría una vez ejecutoriada la presente providencia. Inclúyase la suma de \$2.500.000 por concepto de agencias en derecho.

SEPTIMO: Sino fuere apelada la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR, por resultar adversa a los intereses de Colpensiones.

Para llegar a esta conclusión, adujo que el actor hace parte del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que la norma aplicable es el acuerdo 049 de 1990 y la sentencia de la Corte Constitucional SU469 de 2014, bajo esa línea, realizó las operaciones aritméticas y encontró que efectivamente era factible la reliquidación de la mesada pensional desde el 21 de julio de 2014 con el promedio de toda su vida cotizada por ser más favorable y una tasa de reemplazo del 90%; respecto de los intereses moratorios indicó que no son procedentes por tratarse de un cambio jurisprudencial.

3.4 Argumentos de la Recurrente.

Por su parte el actor señaló en su recurso que no se encuentra de acuerdo con el ingreso base de liquidación tomado por el juzgado, pues en la Resolución SUB 190397 de 2019 se obtiene un ingreso de \$1.673.000 monto que es superior al concedido, respecto de los demás puntos de la sentencia manifestó estar conforme.

3.5 Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, mediante auto de 16 de febrero de 2023 se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿El viable que se reliquide el derecho pensional del demandante aplicando la sumatoria de tiempos públicos y privados y bajo el acuerdo 049 de 1990?

Tesis

Se modificará parcialmente la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

4.1. De la sumatoria de tiempos públicos y privados

No fue motivo de discusión en esta instancia los siguientes supuestos fácticos: i) que el actor nació el 21 de julio de 1954, ii) cotizó 1.765 semanas desde el 20 de mayo de 1975 tanto en el sector público como en el sector privado, iii) que pertenece al régimen de transición de que trata el art. 36 de la Ley de 1993 y que iv) adquirió su derecho a la pensión de vejez el 21 de julio de 2014, fecha en la que reunió el número de semanas y la edad.

A efectos de resolver el problema jurídico, es pertinente indicar la postura tradicional de la Corte Suprema de Justicia, tenía sentado que, en casos como el que hoy ocupa la atención a la Sala, no era posible acumular tiempos de servicios públicos cotizados a otras cajas o fondos, con los efectivamente aportados al ISS para dar aplicación al art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, por cuanto dicha normatividad no contemplaba tal posibilidad de manera expresa y, además, porque lo establecido en el parágrafo 1 del

artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solamente concernía a las prestaciones contempladas en el artículo 33 de la Ley del Sistema de Seguridad Social Integral (CSJ SL1652-2018 y CSJ SL032-2018).

No obstante, esta regla jurisprudencial fue revaluada por la alta corporación, para indicar que es posible dicho cómputo con base en el mencionado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, principalmente, porque artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme el régimen anterior, pero solo aplicando de dicha normatividad derogada lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo, de tal manera que las personas que durante su trayectoria profesional acumularon tiempos en el sector público y en el sector privado, puedan acceder a las prestaciones económicas ofrecidas en la ley, ya que en últimas lo que debe contar es el trabajo humano (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020).

4.2. Del caso concreto

Así, siguiendo el precedente jurisprudencial, es claro que el *a quo* acertó al reliquidar la mesada pensional a favor del demandante, aplicando el art. 12 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo, acumulando los tiempos cotizados por el actor tanto en el sector público como en el sector privado, por lo que atendiendo las motivaciones del recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala entra a constatar si el valor de la mesada pensional se ajusta a los reportes de la historia laboral del actor y aportada al plenario en el *archivo08expedienteadmin*, para tal efecto se practicarán los correspondientes cálculos con los últimos diez años cotizados y toda la vida laboral en consideración a que el actor cuenta con más de 1.250 semanas, por lo que los resultados serían de la siguiente manera:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2020-00401-01.
Demandante: Libardo Gómez Ramírez
Demandado: Colpensiones

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2001	296	43.270	79.56	1.839	\$ 1,893,581.09	\$ 3,481,703.52	\$ 34,352,808.07
2002	271	46.580	79.56	1.708	\$ 1,371,031.43	\$ 2,341,761.71	\$ 21,153,914.11
2003	120	49.830	79.56	1.597	\$ 326,111.25	\$ 520,678.53	\$ 2,082,714.11
2005	149	55.990	79.56	1.421	\$ 794,813.09	\$ 1,129,403.99	\$ 5,609,373.13
2006	357	58.700	79.56	1.355	\$ 820,000.00	\$ 1,111,400.34	\$ 13,225,664.05
2007	359	61.330	79.56	1.297	\$ 955,376.04	\$ 1,239,356.24	\$ 14,830,962.99
2008	360	64.820	79.56	1.227	\$ 1,094,916.67	\$ 1,343,899.57	\$ 16,126,794.82
2009	360	69.800	79.56	1.140	\$ 1,283,038.89	\$ 1,462,443.75	\$ 17,549,325.04
2010	360	71.200	79.56	1.117	\$ 1,376,916.67	\$ 1,538,588.34	\$ 18,463,060.11
2011	360	73.450	79.56	1.083	\$ 1,408,916.67	\$ 1,526,118.58	\$ 18,313,423.01
2012	360	76.190	79.56	1.044	\$ 1,598,000.00	\$ 1,668,681.98	\$ 20,024,183.75
2013	248	78.050	79.56	1.019	\$ 1,511,862.90	\$ 1,541,112.27	\$ 12,739,861.42
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2014	\$ 194,472,084.62
Total semanas	514.29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1,620,600.71
Total Años	10.00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 1,458,540.63
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2014	\$ 616,000.00

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1975	225	0.250	79.56	318.240	\$ 4,451.84	\$ 1,416,753.56	\$ 10,625,651.71
1976	366	0.290	79.56	274.345	\$ 4,555.74	\$ 1,249,843.08	\$ 15,248,085.52
1977	365	0.360	79.56	221.000	\$ 5,792.05	\$ 1,280,044.11	\$ 15,573,870.00
1978	365	0.470	79.56	169.277	\$ 6,887.84	\$ 1,165,949.37	\$ 14,185,717.28
1979	365	0.560	79.56	142.071	\$ 8,070.41	\$ 1,146,574.81	\$ 13,949,993.57
1980	366	0.720	79.56	110.500	\$ 10,647.39	\$ 1,176,536.37	\$ 14,353,743.73
1981	365	0.900	79.56	88.400	\$ 13,961.59	\$ 1,234,204.47	\$ 15,016,154.40
1982	365	1.140	79.56	69.789	\$ 17,682.90	\$ 1,234,080.57	\$ 15,014,646.95
1983	249	1.410	79.56	56.426	\$ 20,158.76	\$ 1,137,468.47	\$ 9,440,988.34
1984	365	1.650	79.56	48.218	\$ 19,271.59	\$ 929,240.98	\$ 11,305,765.31
1985	365	1.950	79.56	40.800	\$ 24,646.48	\$ 1,005,576.40	\$ 12,234,512.81
1986	365	2.380	79.56	33.429	\$ 29,023.47	\$ 970,213.18	\$ 11,804,260.37
1987	365	2.880	79.56	27.625	\$ 38,755.69	\$ 1,070,625.86	\$ 13,025,948.02
1988	366	3.580	79.56	22.223	\$ 55,021.16	\$ 1,222,760.67	\$ 14,917,680.23
1989	365	4.580	79.56	17.371	\$ 77,869.97	\$ 1,352,693.24	\$ 16,457,767.70
1990	365	5.780	79.56	13.765	\$ 131,131.15	\$ 1,804,981.69	\$ 21,960,610.53
1991	355	7.650	79.56	10.400	\$ 152,858.53	\$ 1,589,728.70	\$ 18,811,789.66
1992	366	9.700	79.56	8.202	\$ 193,304.79	\$ 1,585,497.83	\$ 19,343,073.54
1993	115	12.140	79.56	6.554	\$ 213,364.32	\$ 1,398,292.01	\$ 5,360,119.38
1994	119	14.890	79.56	5.343	\$ 215,794.00	\$ 1,153,026.91	\$ 4,573,673.40
1995	360	18.250	79.56	4.359	\$ 515,142.50	\$ 2,245,739.03	\$ 26,948,868.36
1996	360	21.800	79.56	3.650	\$ 660,292.17	\$ 2,409,763.52	\$ 28,917,162.26
1997	360	26.520	79.56	3.000	\$ 1,054,136.33	\$ 3,162,409.00	\$ 37,948,908.00
1998	360	31.210	79.56	2.549	\$ 1,448,504.83	\$ 3,692,503.83	\$ 44,310,045.96
1999	354	36.420	79.56	2.185	\$ 1,582,905.37	\$ 3,457,878.95	\$ 40,802,971.64
2000	360	39.790	79.56	1.999	\$ 1,782,582.75	\$ 3,564,269.50	\$ 42,771,234.06
2001	360	43.270	79.56	1.839	\$ 1,818,427.08	\$ 3,343,518.81	\$ 40,122,225.68
2002	271	46.580	79.56	1.708	\$ 1,371,031.43	\$ 2,341,761.71	\$ 21,153,914.11
2003	120	49.830	79.56	1.597	\$ 326,111.25	\$ 520,678.53	\$ 2,082,714.11
2005	149	55.990	79.56	1.421	\$ 794,813.09	\$ 1,129,403.99	\$ 5,609,373.13
2006	357	58.700	79.56	1.355	\$ 820,000.00	\$ 1,111,400.34	\$ 13,225,664.05
2007	359	61.330	79.56	1.297	\$ 955,376.04	\$ 1,239,356.24	\$ 14,830,962.99
2008	360	64.820	79.56	1.227	\$ 1,094,916.67	\$ 1,343,899.57	\$ 16,126,794.82
2009	360	69.800	79.56	1.140	\$ 1,283,038.89	\$ 1,462,443.75	\$ 17,549,325.04
2010	360	71.200	79.56	1.117	\$ 1,376,916.67	\$ 1,538,588.34	\$ 18,463,060.11
2011	360	73.450	79.56	1.083	\$ 1,408,916.67	\$ 1,526,118.58	\$ 18,313,423.01
2012	360	76.190	79.56	1.044	\$ 1,598,000.00	\$ 1,668,681.98	\$ 20,024,183.75
2013	248	78.050	79.56	1.019	\$ 1,511,862.90	\$ 1,541,112.27	\$ 12,739,861.42
Total días	12360	Total devengado actualizado a:				2014	\$ 695,144,744.95
Total semanas	1765.71	Ingreso Base Liquidación					\$ 1,687,244.53
Total Años	34.08	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 1,518,520.07
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2014	\$ 616,000.00

De lo anterior, se concluye que IBL de toda la vida laboral es más beneficioso para el actor que el de los últimos diez años de cotización, e incluso, mayor al otorgado por Colpensiones en la Resolución SUB 190397 del 29 de julio de 2019, por lo que la Sala tomará tal resultado y fijará como primera mesada pensional la suma de \$1.518.520 desde el 21 de julio de 2014 y sobre ellas se calculará el retroactivo como sigue, respecto del la demandada deberá realizar las deducciones para cotización en salud respecto del retroactivo pensional, con destino a la EPS a la que esté afiliada el actor, en atención a los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3.º del Decreto 692 de 1994:

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
21/07/14	31/12/14	1.94%	\$ 1,518,520.00	\$ 1,254,750	\$ 263,770.00	6.33	\$ 1,670,543.3
01/01/15	31/12/15	3.66%	\$ 1,574,098.00	\$ 1,300,674	\$ 273,424.15	13.00	\$ 3,554,514.0
01/01/16	31/12/16	6.77%	\$ 1,680,664.00	\$ 1,388,729	\$ 291,934.53	13.00	\$ 3,795,148.9
01/01/17	31/12/17	5.75%	\$ 1,777,302.00	\$ 1,468,581	\$ 308,720.59	13.00	\$ 4,013,367.6
01/01/18	31/12/18	4.09%	\$ 1,849,994.00	\$ 1,528,646	\$ 321,347.61	13.00	\$ 4,177,518.9
01/01/19	31/12/19	3.18%	\$ 1,908,824.00	\$ 1,577,257	\$ 331,566.65	13.00	\$ 4,310,366.5
01/01/20	31/12/20	3.80%	\$ 1,981,359.00	\$ 1,637,193	\$ 344,165.87	13.00	\$ 4,474,156.3
01/01/21	31/12/21	1.61%	\$ 2,013,259.00	\$ 1,663,552	\$ 349,707.06	13.00	\$ 4,546,191.8
01/01/22	31/12/22	5.62%	\$ 2,126,404.00	\$ 1,757,044	\$ 369,360.44	13.00	\$ 4,801,685.8
01/01/23	31/05/23	13.12%	\$ 2,405,388.00	\$ 1,987,568	\$ 417,820.33	5.00	\$ 2,089,101.6
Total retroactivo diferencia pensional							\$ 37,432,594.67

Con relación a los intereses moratorios, como bien lo sentenció el juez de primer grado no son procedentes dado que la pensión se otorga con fundamento en un cambio de jurisprudencia (CSJ SL4650-2017). En su lugar, se confirmará la indexación del retroactivo pensional, dado que es necesario compensar el impacto inflacionario que sufre el valor de las mesadas pensionales con el simple transcurrir del tiempo.

Por último, frente a la excepción de prescripción alegada por la pasiva, se verifica que la demandante solicitó inicialmente su derecho pensional el 8 de septiembre de 2014 (fl. 22 archivo 01demandapdf) , la cual fue resuelta a su favor mediante Resolución GNR 32376 de 2015, sin embargo, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el 28 de febrero de 2015 (fl. 28 archivo 01demandapdf), posteriormente, el 20 de septiembre de 2017 solicitó que se reliquide su mesada con base en el acuerdo 049 de 1990 (fl. 34 archivo 01demandapdf), siendo resuelto en su contra, pues si bien se accedió a subir el porcentaje de la tasa de reemplazo del 66 al 75 por ciento, no

accedió frente a la aplicación de la tasa del 90% que aspiraba, por lo que el presentó derecho de petición el 22 de agosto de 2018 (fl. 43 archivo *01demandapdf*) para que se resolviera el recurso de apelación interpuesto desde el 2015, el cual fue respondido de forma negativa el mismo día mediante documento con radicado BZ2018-10304553-2540850 (fl. 47 archivo *01demandapdf*), agotó la reclamación administrativa el 1 de febrero de 2019 (fl. 22 archivo *01demandapdf*) y la demanda se presentó ante la oficina de reparto el 23 de octubre de 2020 (archivo *03secuenciapdf*), de lo anterior fácil le resulta concluir que si bien entre el otorgamiento del derecho pensional transcurrieron más de 3 años, lo cierto es que el tiempo de la prescripción se interrumpió por el actor con los recursos que interpuesto en contra de los actos administrativos proferidos por la demanda, razón por la cual las mesadas pensionales no se encuentran prescritas como en efecto lo concluyó el *a quo*.

Así las cosas, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia como atrás se indicó, no sin antes dejar en claro que, si bien los valores de la condena son mayores a los otorgados por el *a quo*, no se estará agravando la situación de la demandada en grado jurisdiccional de consulta, en la medida que el monto de la mesada pensional fue motivo apelación por parte del actor.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de establecer que el valor de la primera pensional a favor del actor será la suma de \$1.518.520 a partir del 21 de julio de 2014, de acuerdo con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia, en el sentido de establecer que el valor del retroactivo a la fecha de esta sentencia favor del actor será la suma de \$37.432.594,67, de acuerdo con lo motivado-

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2020-00401-01.
Demandante: Libardo Gómez Ramírez
Demandado: Colpensiones

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00134 01.

Demandante: **MARTHA ISABEL MOSQUERA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **MARTHA ISABEL MOSQUERA SÁNCHEZ** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y la recurrente.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de la AFP Protección S.A. y como consecuencia de ello ordenar a esta última trasladar a Colpensiones el valor de sus aportes con los respectivos rendimientos y gastos de administración.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00134 01.

Demandante: **MARTHA ISABEL MOSQUERA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 06 y Carpeta 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 10), presentó oposición a las pretensiones de la acción, así como excepciones de mérito, entre las que propuso la de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Archivo 11), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción de nulidad.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARTHA ISABEL MOSQUERA SÁNCHEZ** al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de marzo de 1999, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.S.A.** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00134 01.

Demandante: **MARTHA ISABEL MOSQUERA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA ISABEL MOSQUERA SÁNCHEZ identificada con C.C. 51.650.752 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, **CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, señaló que la parte demandante tenía unas obligaciones legales conforme al Decreto 2241 de 2010, presentándose en este caso un silencio del consumidor financiero en el tiempo por no tener una adecuada atención o revisión de sus negocios jurídicos y que para el momento del traslado del actor no era exigible a los fondos privados realizar un nivel de asesoría como se expone en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, por lo que no era exigible una documentación adicional.

Señaló que, Colpensiones es un externo en las relaciones legales y contractuales entre la parte demandante y el fondo privado, por lo que no puede verse afectado en recibir la carga prestacional del demandante, pues esto genera una afectación a la estabilidad financiera conforme al Acto Legislativo 01 de 2005.

Manifestó que, no se puede pretender que la única responsable en estos negocios jurídicos sea Colpensiones y no ninguna de las AFP teniendo en cuenta que la responsabilidad que se le endilga a esta entidad, no tiene sustento alguno, pues Colpensiones no motivó en ningún momento el traslado de la demandante o fue la encargada de realizar el mismo, siendo la AFP la encargada de demostrar la información suministrada la cual fue

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00134 01.

Demandante: **MARTHA ISABEL MOSQUERA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

registrada en su momento en el formulario de afiliación suscrito por el demandante.

Indicó que se busca la protección del fondo común del régimen de prima media con prestación definida por medio del principio de sostenibilidad financiera, el cual no puede ser desconocido.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A. y aquel horizontal realizado a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de abril de 1983 presenta aportes en tal régimen (fl. 51 archivo 01 y carpeta 07); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 19 de enero de 1999 (fl. 18 y 79 archivo 10) y luego efectuó un traslado entre AFP del RAIS a PORVENIR S.A., el 29 de abril de 2002 (fl. 22 archivo 11) y luego a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 01 de julio del 2003 (fl. 19 archivo 10).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para

el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 18 y 79 del archivo 10, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 19 de enero de 1999 con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos*

preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)””.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Mosquera Sánchez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (19 de enero de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, memorando que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por la apelante en su recurso, referente a que la demandante como consumidora financiera tenía también unos deberes u obligaciones, entre ellos el de asesorarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo afirma Colpensiones en su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que

las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Ahora bien, frente a lo argüido por Colpensiones respecto del principio de la relatividad jurídica, ha de señalarse que este es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Protección S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

² Ibídem.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se **ADICIONA** el mentado numeral, para disponer que **PORVENIR S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, **PROTECCIÓN S.A.** debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

ADICIONAR el numeral segundo de la providencia apelada, para disponer que **PORVENIR S.A.,** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00134 01.

Demandante: **MARTHA ISABEL MOSQUERA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

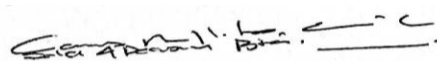
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2021 00263 01.

Demandante: **EVA ROCÍO MENDEZ RUGELES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **EVA ROCÍO MENDEZ RUGELES** adelanta contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y la recurrente**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de la otrora AFP Davivir hoy Protección S.A., así como los traslados horizontales realizados a Porvenir S.A., Santander S.A. y Colfondos S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2021 00263 01.

Demandante: **EVA ROCÍO MENDEZ RUGELES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a las AFP accionadas a devolver a Colpensiones todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos y a esta última a recibirla como su afiliada.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Carpeta 008), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (Archivo 009), presentó oposición únicamente a la pretensión relacionada con la condena en costas; presentó excepciones de mérito, entre las que propuso la de compensación y pago.

De otro lado, **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 010), presentó oposición a las pretensiones de la acción contra esta incoadas, así como excepciones de mérito, entre las que propuso la de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Archivo 011), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

3. Providencia Recurrida.

La a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2021 00263 01.

Demandante: **EVA ROCÍO MENDEZ RUGELES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere la señora **EVA ROCIO MENDEZ RUGELES** identificada con la cédula de ciudadanía. No. 39.544.517, a **ING SA.**, solicitud del 09 de septiembre de 1994 con fecha de efectividad 1 de octubre de 1994, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **EVA ROCIO MENDEZ RUGELES** por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** a recibir de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandas **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

SEXTO CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, señaló que cuando se declara la nulidad o ineficacia de traslado de régimen, conforme la jurisprudencia citada en la sentencia de primera instancia, se deben incluir los dentro de los recursos que deben retornarse al régimen de prima media, los correspondientes a los porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2021 00263 01.

Demandante: **EVA ROCÍO MENDEZ RUGELES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A. y los demás horizontales realizados entre administradoras del RAIS?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 27 de junio de 1989 presenta aportes en tal régimen (Carpeta 008 – expediente administrativo); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el 09 de septiembre de 1994 (fl. 149 archivo 004 y 37 archivo 010) y luego efectuó traslados entre AFP del RAIS, así: 1) a PORVENIR S.A., el 04 de mayo de 1997 (fl. 216 archivo 004 y 35 archivo 011), 2) a ING el 15 de noviembre de 1999 (fl. 28 archivo 011), 3) nuevamente a Porvenir S.A., el 09 de agosto del 2000 (fl. 217 archivo 004 y 36 archivo 011), 4) a Colfondos S.A. el 24 de agosto del 2009 (fl. 156 archivo 004 y 93 archivo 009), 5) para retornar nuevamente a Porvenir S.A. el 20 de junio del 2014 (fl. 218 archivo 004 y 37 archivo 011).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,

pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 149 del archivo 004 y 37 del archivo 010, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 09 de septiembre de 1994 con la otrora AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Méndez Rugeles se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (09 de septiembre de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios

recaudados, memorando que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial y no en los posteriores.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se **ADICIONA** el mentado numeral, para disponer que **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**, ello como quiera que estas AFP en algún momento tuvieron a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2021 00263 01.

Demandante: **EVA ROCÍO MENDEZ RUGELES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

ADICIONAR el numeral segundo de la providencia apelada, para disponer que **PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.,** deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2021 00263 01.

Demandante: **EVA ROCÍO MENDEZ RUGELES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

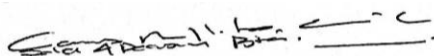
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2022-00026 -01.

Demandante: **GABRIEL AGUILAR GRANADOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 29 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que **GABRIEL AGUILAR GRANADOS** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.; que se tenga como si nunca hubiera estado afiliado a tal fondo; y que está inscrito en el régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, y que se proceda a corregir su historia laboral.

Demandante: **GABRIEL AGUILAR GRANADOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** (archivos 04 y 06) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que hiciere el actor ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCION S.A., el día 23 de julio de 2002, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCION S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir de PROTECCION S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se deben trasladar todos los recursos, tales como, rendimientos, gastos de administración, y valores pagados por seguros previsionales y con destino a pensión de garantía mínima.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado

jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCION S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y

voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 18 de mayo de 1988 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en el expediente administrativo visible en el archivo 05; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCION S.A. el 23 de julio de 2002 (fl.40 del archivo 06).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces

deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 40 del archivo 06 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 23 de julio de 2002 con Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCION S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Aguilar Granados se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (23 de julio de 2002) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue

acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que al momento de tal traslado la empresa donde trabajaba le pidió que firmara el formulario de afiliación a modo de colaboración y que en asesoría posterior el asesor del fondo privado le manifestó que su pensión sería más robusta en el R.A.I.S., que tendría la posibilidad de pensionarse antes, y que debía cotizar menos semanas para acceder a tal prestación; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional

deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2022-00026 -01.

Demandante: **GABRIEL AGUILAR GRANADOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2022-00026 -01.

Demandante: **GABRIEL AGUILAR GRANADOS.**

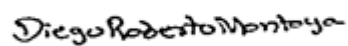
Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Seguridad Social.

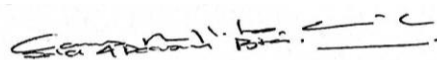
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00319 -01.

Demandante: **MARTHA ROCÍO MARTÍNEZ CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 06 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que **MARTHA ROCÍO MARTÍNEZ CASTRO** promovió contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colpatria Cesantías y Pensiones hoy PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES los valores ahorrados en su cuenta de ahorro individual, tales como, aportes, rendimientos, bonos pensionales, y comisiones por administración; y que COLPENSIONES active su afiliación sin solución de continuidad.

Demandante: **MARTHA ROCÍO MARTÍNEZ CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** (archivo 06 y 07), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La primera, también propuso la de compensación.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas.

SEGUNDO. - DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., de fecha 3 de junio de 1994.

TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. - ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO. - CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

SEXTO. - En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. adujo que el traslado de la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, pues así quedó plasmado en el formulario de afiliación; que el traslado es válido pues se cumplieron la

normas que estaban vigentes en materia de traslado, ya que, no se exigía ningún tipo de información en los términos en los que se reclama en la demanda ni por el juzgador de la primera instancia; que la demandante en interrogatorio de parte en ningún momento hizo alusión a un engaño; que la actora era persona con capacidad conforme a la normatividad civil, siendo su inconformidad únicamente el valor de su mesada pensional, lo que no tiene el alcance para viciar el consentimiento del acto de traslado; y que no es dable reconocer gastos de administración y seguros previsional, pues los primeros, tienen una destinación específica por mandato legal, los rendimientos ya fueron reconocidas a la actora, y también existen en el régimen de prima media, y los segundos, fueron trasladados a compañías aseguradoras, y no se puede retrotraer su pago.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que por razones de estabilidad financiera está proscrita la posibilidad de trasladarse de régimen pensional cuando faltan menos de diez años para cumplir la edad de pensión; que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición por lo que no es dable su traslado en cualquier tiempo; que para el momento del traslado el deber del fondo privado únicamente era brindar información al afiliado; y que COLPENSIONES es un tercero, por lo que no puede verse favorecida ni perjudicada por los actos de las demás partes.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a Colpatria Cesantías y Pensiones hoy PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 20 de febrero de 1985 presenta aportes en tal régimen, según la

historia laboral obrante a folios 44 a 47 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colpatria Cesantías y Pensiones hoy PORVENIR S.A. el 10 de mayo de 1994 (fl.59 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 59 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de mayo de 1994 con Colpatria Cesantías y Pensiones hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Martínez Castro se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de mayo de 1994) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que la asesora de Colpatria Cesantías y Pensiones le señaló que el I.S.S. se acabaría, que podrían quedar sin mesada pensional, que la mejor opción era el traslado y, que tendría una mesada pensional superior en el R.A.I.S.; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene

en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Igualmente, se advierte que el interrogatorio de la representante legal de PORVENIR S.A. es insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General

de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones y bono pensional**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **MARTHA ROCÍO MARTÍNEZ CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones y bono pensional;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00319 -01.

Demandante: **MARTHA ROCÍO MARTÍNEZ CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

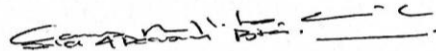
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., 31 de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, interpusieron contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA EUGENIA ESPINOSA REYES** contra las recurrentes y contra **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones y Hechos.

La demandante pretende que se declare que existió vicio en el consentimiento por parte de Porvenir SA, al incumplir su deber de información; en consecuencia, se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuada en el mes de enero de 2003, y se condene a Porvenir SA a trasladar todos los dineros ahorrados a Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y, que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca

hubiera existido traslado de régimen pensional, las costas, así como al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, que nació el 26 de diciembre de 1952, se afilió al ISS el 21 de abril de 1985, cotizó 297,14 semanas, se trasladó el 29 de noviembre de 2002 a Porvenir SA sin recibir una adecuada y completa información sobre los efectos del traslado de régimen, por lo que el 27 de noviembre de 2018 solicitó el traslado ante Colpensiones y Porvenir SA, no obstante, esta entidad negó tal solicitud por cuanto adquirió el derecho a la pensión mínima de vejez (f.º 5-27, archivo *01expediente*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES** (fls. 65 a 81 *01expediente*) y **PORVENIR SA** (*PDF03ContestacionPorvenir*), se opusieron a las pretensiones de la demanda, señalaron al unísono que la demandante no puede trasladarse por expresa prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993 y que no existió ningún tipo de vicio al consentimiento por cuanto el traslado de la demandante se hizo libre y voluntariamente. Propusieron las excepciones de prescripción, inexistencia de vicios al consentimiento, prohibición legal del traslado, saneamiento de nulidad, entre otras y, Porvenir SA, propuso la falta de integración al litisconsorcio necesario a Colfondos SA y la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y llamó en garantía a Seguros de Vida Alfa SA.

Integrada la litis, **COLFONDOS S.A.** (*PDF08ContestacionColfondos*), se opuso a las pretensiones de la demanda, básicamente con los argumentos jurídicos idénticos a señalados por las codemandadas. Formuló como excepciones pago, compensación, inexistencia de vicios al consentimiento, prohibición legal del traslado, saneamiento de nulidad y prescripción.

A su turno, **La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público** también se opuso a las pretensiones de la demanda, indicó que desconoce la situación de traslado de la demandante y propuso como excepciones la inexistencia de vicios al consentimiento, validez del traslado y la prescripción (*PDF 09contestacionministerio*).

Por último, la llamada en garantía **Seguros de Vida Alfa SA**, se opuso al llamamiento, indicó que no le consta los hechos de la demanda y que no existe ningún vicio al consentimiento de la demandante, enunció como excepciones la buena fe, inexistencia del derecho, falta de legitimación por pasiva y prescripción (*PDF 06contestacionsegurosalfa*). .

2.3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN realizada por AFP COLFONDOS, EL 07 DE JULIO DE 1994 y con ello, las afiliaciones derivadas de ella: con AFP HORIZONTE, el 25 de febrero de 1996 y AFP PORVENIR, el 29 de noviembre de 2002.

SEGUNDO: NEGAR LA PRETENSION DE REACTIVACION DE LA AFILIACIÓN de la señora MARÍA EUGENIA REYES ESPINOSA, ante el régimen de prima media(RPM), de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a AFP COLFONDOS y a AFP PORVENIR, asumir de manera proporcional al tiempo de afiliación de la demandante a cada AFP, el mayor valor resultante, entre la pensión de vejez de retiro programado con renta vitalicia reconocida por AFP PORVENIR, y la pensión de vejez, desde el 16 de septiembre de 2019, una vez aplicados los parámetros de la ley 797 de 2003, fecha en la cual se consolidaron 1300 semanas cotizadas al sistema y se configuró el derecho pensional en caso de haber estado afiliada al RPM.

CUARTO: ORDENAR a AFP COLFONDOS y a AFP PORVENIR, que, en caso de superarse 1300 semanas de cotización, se asuma la diferencia pensional de manera proporcional al tiempo de afiliación de la demandante a cada AFP.

QUINTO: ABSOLVER a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., COLPENSIONES y LA NACIÓN - MIN. HACIENDA, de las pretensiones incoadas en su contra, pero por las razones señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y PRESCRIPCIÓN, acorde a lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de AFP COLFONDOS y a AFP PORVENIR. AGENCIAS EN DERECHO, DOS (02) SMLMV a cargo de cada una de las AFP y en favor de la demandante. SIN COSTAS en esta instancia para SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y LA NACIÓN - MIN HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Para llegar a esta conclusión, adujo que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1492-2019), es indispensable que al momento del traslado se le diera información completa a la demandante, lo cual no se evidencia en el proceso, por lo que sería de caso ordenar la ineficacia del traslado; sin embargo, para el caso particular, no sería procedente ya que de acuerdo con la sentencia CSJ SL373-2021, la demandante se encuentra pensionada desde el año de 2016 por Porvenir SA

y, bajo ese criterio, sería lo procedente el reconocimiento de perjuicios a cargo de las demandas.

Agregó que los perjuicios, a pesar de no haber sido solicitados en la demanda, de los hechos 6.24 y 6.25 se logra deducir que entre el valor de la mesada pensional del RAIS y la que eventualmente le habría correspondido en el RPM sería más alta. Evocó las sentencias CSJ SL911-2016 y CC SU129-21, para indicar que los principios de congruencia e interpretación de la demanda se deben acatar por el juez y si bien la demanda fue presentada en el 2019 y la sentencia que ordena el pago de perjuicios por falta de información de la Corte es de 2021, no es obstáculo para que el juzgado entre a analizar este punto, pues de no hacerlo implicaría la denegación de justicia a la demandante.

Enfatizó que no es posible declarar la ineficacia a favor de la demandante al estar pensionada en el RAIS desde el 4 mayo de 2016, pero de la historia laboral aportada por Porvenir se constata que la actora cotizó más de 1300 semanas, por lo que los perjuicios estarían representados por el mayor valor de la pensión que resultare entre la pensión de vejez reconocida por el fondo privado y la que le hubiera otorgado Colpensiones, que serán asumidos por Porvenir SA y Colfondos SA en proporción al tiempo de permanencia que tuvo la actora en cada uno de ellos y desde que la demandante logró reunir las 1300 semanas, pues a partir de ahí se generó el perjuicio.

Po último, frente a la excepción de prescripción, indicó que no resulta probada, pues si bien que la actora reclamó su pensión el 8 de enero de 2015 y la carta mediante la cual se le reconoce la pensión por el fondo privado es de 4 mayo de 2016, lo cierto es que el derecho pensional es un derecho irrenunciable e imprescriptible por estar atado directamente a la pensión de vejez.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

Inconformes con la decisión, **PORVENIR S.A.** argumentó en su recurso de apelación básicamente por las siguientes razones: i) No se demostró por la demandante prueba alguna de los perjuicios, por lo que se

puede dar aplicación a las facultades ultra y extra *petita*; ii) la demandante se encuentra pensionada y por tal razón no se puede declarar la ineficacia, ni perjuicios a su favor, más cuando no fueron pedidos por en la demanda; iii) Señaló que la diferencia entre el pensión del RAIS y el RPM, por sí sola no genera perjuicio, más cuando la parte actora no los demostró y, iv) que los perjuicios se encuentran prescritos, pues el traslado operó en el año de 1994, 1996 y 2003 y la demanda se presentó en el 2019.

Entre tanto, **COLFONDOS S.A.**, señaló, en esencia, que en la demanda no existe pretensión declarativa, ni de condena sobre los perjuicios, y si bien se fijó este tema en la audiencia de que trata el art. 77 del CPTSS, no pueden ser declarados por el juez bajo las facultades ultra y extra *petita*, por no estar acreditados en el expediente, con lo cual generó una violación al debido proceso.

Por último, **COLPENSIONES**, argumentó que existe incoherencia entre el numeral primero con el resto de la sentencia, por lo que se debe revocar, pues si bien declara la ineficacia del traslado, en los demás artes se la absuelve, con lo cual al momento de cumplir la sentencia Colpensiones no estaría obligada a recibir a la demandante en el régimen, más cuando se encuentra pensionada.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, mediante auto de 12 de septiembre de 2022 se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las recurrentes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es factible que el juez de primera instancia se pronuncie sobre pretensiones no pedidas en la demanda? En caso de que la respuesta a este interrogante sea afirmativa se verificará si operó la prescripción de los presuntos perjuicios generados por la ineficacia del traslado de la pensionada.

Tesis

Se revocará en su totalidad la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. Del principio de congruencia y las facultades *ultra y extra petita*.

Sea lo primero indicar que el principio de congruencia se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 281 del CGP, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del artículo 145 del CPTSS, según el cual el juez tiene la obligación de adecuarse a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.

De la misma manera, es deber judicial del juez al decidir, que su providencia se ajuste a lo solicitado por las partes en su demanda (pretensiones) y contestación (excepciones), dado que sobre estas piezas se edifica la relación jurídica sustancial y procesal. Eventualmente, puede interpretar la demanda, precisamente para resolver asuntos planteados en el proceso, de tal manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento (CSJ SL2604-2021).

Debe destacarse que este principio tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del CPTSS (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes, es decir, aquellos ocurridos con posterioridad al escrito inicial y que tienen la capacidad de afectar aspectos relacionados con los hechos y pretensiones allí planteados, los cuales deberán tener en cuenta el juez al momento de proferir la sentencia, siempre que aparezcan probados y que hayan sido alegados por la parte interesada (CSJ SL3844-2015 y CSJ SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (*extra petita*) o más allá de lo suplicado (*ultra petita*), conforme lo prevé el artículo 50 *ibidem*.

Precisamente, dicho artículo 50, dispone que: *«el juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas»*.

Por ello, bajo los postulados jurisprudenciales, la Corte Suprema de Justicia en sentencia ya cita CSJ SL2808-2018, estableció: *«la facultad extra petita requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio. Por su parte, la ultra petita –más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor»*.

3.2. Del caso concreto.

Aplicadas tales nociones al caso de marras, encuentra la Sala que no fue materia de controversia en primera instancia, que: i) que la actora nació

el 26 de diciembre de 1952, ii) se afilió al ISS el 21 de abril de 1985, iii) cotizó 297,14 semanas, iv) se trasladó el 29 de noviembre de 2002 a Porvenir SA, v) el 4 mayo de 2016 se pensionó por vejez en el RAIS y, vi) el 27 de noviembre de 2018 solicitó el traslado ante Colpensiones y Porvenir SA, no obstante, fue negado por estar pensionada.

Bajo esta línea, al revisar con detenimiento cada una de pretensiones de la demanda (PDF *01expediente*), propuesta por la actora, no encuentra que haya solicitado el pago de daños y perjuicios derivados de la declaratoria negativa de la ineficacia del traslado:

DECLARATIVAS

- 5.1. Declarar que existió un vicio en el consentimiento por error de hecho configurado en la omisión en que incurrió A.F.P. PORVENIR S.A. al incumplir los deberes legales de información que debió brindar a la señora MARIA EUGENIA ESPINOSA REYES. ✓
- 5.2. Como consecuencia, declarar la nulidad de la afiliación en pensión realizada por la señora MARIA EUGENIA ESPINOSA REYES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la vinculación efectuada a la A.F.P. PORVENIR S.A., para el mes de enero de 2003. ✓
- 5.3. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad determinar que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado la demandante en el RAIS carecen de validez jurídica. ✓
- 5.4. Declarar que la señora MARIA EUGENIA ESPINOSA REYES, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. ✓

CONDENATORIAS

Página 3 de 26



- 5.5. Condenar a la A.F.P. PORVENIR S.A., a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación de la señora MARIA EUGENIA ESPINOSA REYES al régimen de ahorro individual con solidaridad estuvo viciada de nulidad por error de hecho. ✓
- 5.6. Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PORVENIR S.A., como la administradora de pensiones actual en la que se encuentra afiliada la señora MARIA EUGENIA ESPINOSA REYES, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos a que hubiere lugar. ✓
- 5.7. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, a activar la afiliación en pensión de la señora MARIA EUGENIA ESPINOSA REYES, identificada con C.C. No. 41.703.345. ✓
- 5.8. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a actualizar en la historia laboral de la señora MARIA EUGENIA ESPINOSA REYES las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. ✓
- 5.9. Condenar a la parte demandada sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita. ✓
- 5.10. Condenar a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso. ✓

Y es apenas lógico, porque la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios cuando la administradora presuntamente incumplió su deber de información y frente a una situación ya consolidada como el pensionado por el RAIS, como es el caso de la demandante, solo se puso de presente con la sentencia CSJ SL373-2021, la cual no se había proferido cuando la actora presentó su demanda (27 de mayo de 2019. Fl. 60), es por ello que el *a quo*, decidió en la sentencia conceder tales perjuicios en la sentencia a través de la facultad extra *petita*, por lo que se pasa a analizar, si cumple con los postulados jurisprudenciales indicados anteriormente.

Indica la Corte, que en las decisiones extra *petita* se requiere que los hechos que originan la decisión i) **hayan sido discutidos en el proceso**, por lo que Sala vuelve a examinar la demanda y no encuentra relación de algún hecho sobre los perjuicios presuntamente sufridos por la falta de información al momento de la afiliación y su calidad de pensionada en el RAIS, pues si bien el *a quo* aseguró que de los hechos 6.24 y 6.25 se logró deducir que entre el valor de la mesada pensional del RAIS y la que eventualmente le habría correspondido en el RPM sería más alta, con lo cual existía un perjuicio, lo cierto es que de tales hechos no se logra evidenciar lo dicho por el juez.

- 6.24. La mesada pensional de la señora MARIA EUGENIA ESPINOSA REYES en el REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD administrada en este caso por PROVENIR S.A. corresponde a un monto de pensión de garantía mínima. ✓
- 6.25. La mesada pensional de la señora MARIA EUGENIA ESPINOSA REYES en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA administrada por COLPENSIONES corresponde a un monto de \$2.308.745 con una tasa de reemplazo de 69.67% de acuerdo con el cálculo descrito en los fundamentos de la demanda. ✓

Por ello, al no estar incluidos en la demanda, las llamadas a juicio tampoco lo contrvirtieron, por ende, mal podría entenderse que se cumplió este requisito. Ahora, señaló el *a quo* que en los hechos materia del litigio se fijaron en audiencia de que trata el art. 77 del CPTSS, sin embargo, considera la Sala que tal situación no es suficiente para que pudiera emitir fallo extra *petita*, pues como se dijo, se requiere que tales hechos se hayan discutido en el proceso, situación que aquí no se evidencia.

No se debe dejar de lado que si bien el pensionado puede demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones que incumplió su deber de información, también lo es que, para poder resolver de conformidad, es necesario que el promotor del proceso haya formulado de forma expresa las pretensiones, principales o accesorias, encaminadas a obtener la indemnización de los perjuicios que hubiera podido sufrir por la actuación de las demandadas (CSJ SL679-2023), situación que, como se dijo una vez más, brilla por su ausencia.

La misma suerte del primer requisito correrá el segundo, esto es, **ii) que los hechos estén debidamente acreditados.** En efecto, conviene recordar que la Corte ha sentado la postura pacífica en sus decisiones, que cuando se trata de persona que se pensionaron en el RAIS, no es posible volver al estado en que las cosas se hallaban antes de trasladarse del RPM, *«como quiera que su nuevo estatus constituye una situación jurídica consolidada o en otras palabras, un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar a múltiples entidades, personas, actos, relaciones jurídicas, y por consiguiente, derechos y obligaciones e intereses de terceros y de los sistemas pensionales en conjunto»* (CSJ SL3856-2022), al tiempo que ha reiterado que ante la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen de los pensionados del RAIS, es viable la indemnización de perjuicios, *«siempre y cuando se hayan reclamado, probado y no estén prescritos»* (CSJ SL1637-2022).

Así, el juzgado al omitir poner en discusión los presuntos perjuicios sufridos por la demandante, es natural que ninguna de las pruebas aportadas por las partes hayan encaminado hacia ese fin, y si bien el *a quo* se aferró al estudio sobre la proyección pensional de la demandante (fl. 56 a 58 PDF 01expdiente), para declarar probado un perjuicio, considera esta instancia que el mismo no es prueba suficiente para tenerlos como probados, en la medida en que elaborado por el mismo apoderado de la demandante y no acreditó la idoneidad en la profesión para rendir este tipo de proyecciones; y es que es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que *«la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 165 del Código General del Proceso, con cualesquiera formas que sirvan para formar*

el convencimiento del juez. Esa carga que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara con afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el juez»¹.

Por lo expuesto, esta Sala debe concluir que en este caso particular el *a quo* no se ajustó a los postulados legales y jurisprudenciales para hacer uso de sus facultades ultra y extra *petita*, por ende, se revocará en todas sus partes la sentencia recurrida, y en su lugar, se absolverá a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, sin necesidad de agotar los demás puntos propuestos por las recurrentes en sus recursos.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** en todas sus partes la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de marzo de 2022, y en su lugar **ABSOLVER** a todas las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Costas en primera instancia a cargo de la demandante.

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

¹ CSJ SL2681-2014

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00348-01.
Demandante: Maria Eugenia Espinosa Reyes
Demandado: Colpensiones y Otros.

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

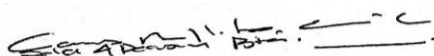
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00863 01.

Demandante: **ZOILA ROSA PINZÓN ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 10 de mayo de 2022, en proceso ordinario laboral que **ZOILA ROSA INZÓN** adelanta contra **PORVENIR S.A. y las recurrentes**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó el 9 de marzo de 1998 del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de la AFP Porvenir S.A., así como el traslado horizontal realizado a Colfondos S.A. el 25 de julio del 2001.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00863 01.

Demandante: **ZOILA ROSA PINZÓN ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a las AFP accionadas a devolver a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos, y a esta última a recibir dichos dineros y a reintegrarla como su afiliada.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (Archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (Archivo 08), también presentó oposición a las pretensiones de la acción; presentó excepciones de mérito, entre las que propuso la de prescripción de la acción de nulidad para solicitar la nulidad del traslado.

Finalmente, **COLPENSIONES** (Archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00863 01.

Demandante: **ZOILA ROSA PINZÓN ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante ZOILA ROSA PINZÓN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media, y recibir los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de cada una de ellas, tásense a prorrata conforme lo establece el Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en la suma de un (01) SMLMV.

QUINTO. Por la naturaleza jurídica de COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá conforme lo establece el artículo 69 del C.P.L.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLFONDOS S.A., solicitó se ordene también la devolución de saldos a Porvenir S.A. y no únicamente al último fondo al que se estuvo afiliada, pues se presenta traslado entre fondos.

Expuso que, la devolución de las cuotas de administración no tiene una razón jurídica, pues no se puede desconocer los hechos relevantes que han ocurrido, las circunstancias fácticas que rodearon ese traslado y los efectos que produjo pues, si bien los actos se declaran ineficaces, esta afiliación supera los 15 años y mientras fue válida la realidad es que este produjo efectos jurídicos válidos.

Por su parte, **COLPENSIONES**, señaló que conforme el artículo 167 del CGP las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos, por lo que en este caso le corresponde al demandante probar los vicios del consentimiento alegados, no bastando para ello su simple afirmación y advirtió que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en las AFP, máxime cuando Colpensiones es la más afectada en lo atinente al sistema de pensiones, especialmente cuando la afiliación se dio en el año de 1998 habiendo transcurrido más de 22 años, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, pues para esa fecha no era obligatorio dejar un registro documental de la misma.

Indicó que, condenarla en costas y agencias en derecho resulta en un detrimento patrimonial a Colpensiones, por decisiones en las cuales no ha tenido injerencia.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A. y el horizontal realizado entre administradoras del RAIS?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de enero de 1979 presenta aportes en tal régimen (Fl. 31 Archivo 01 y Carpeta 10); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 09 de marzo de 1998 (fl. 101 archivo 01 y 72 archivo 07) y luego se trasladó a COLFONDOS S.A., el 25 de julio del 2001 (fl. 72 archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar

entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado y no como lo pretende Colpensiones.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 101 del archivo 01 y 72 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 09 de marzo de 1998 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de*

información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Pinzón Arias se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (09 de marzo de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, memorando que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial y no en los posteriores.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la

Demandante: **ZOILA ROSA PINZÓN ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se **ADICIONA** el mentado numeral, para disponer que **PORVENIR S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**, ello como quiera que esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus**

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Finalmente, frente a las costas impuestas a Colpensiones, estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00863 01.

Demandante: **ZOILA ROSA PINZÓN ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

ADICIONAR el numeral segundo de la providencia apelada, para disponer que **PORVENIR S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**, deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

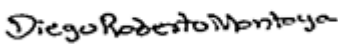
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

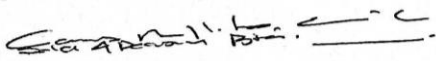
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00863 01.
Demandante: **ZOILA ROSA PINZÓN ARIAS.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2022-00019 -01.

Demandante: **SANDRA PATRICIA ESPITIA BERU.**

Demandado: **DISTRIFABRICA RAMÍREZ S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

Se resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **SANDRA PATRICIA ESPITIA BERU** contra la providencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **DISTRIFABRICA RAMÍREZ S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo del 01 de enero de 2020 al 01 de julio de 2021. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de los salarios de abril por 10 días, mayo, junio, julio por 19 días, y agosto de 2020; indexación; indemnización moratoria; e intereses legales.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Ingresó a prestar sus servicios el 01 de septiembre de 2016 (sic), desempeñando los cargos de Asesora Comercial, Líder de Punto, Administradora y Cajera; **2)** Prestó sus servicios de acuerdo a la rotación del

Demandante: **SANDRA PATRICIA ESPITIA BERU.**

Demandado: **DISTRIFABRICA RAMÍREZ S.A.S.**

almacén, en un horario de 8:00 A.M. a 7:00 P.M.; **3)** Devengaba un salario básico que para el año 2020 era \$877.803, subsidio de transporte de \$102.854, y comisiones que variaban entre \$400.000 y \$800.000; **4)** Pese a la pandemia, la empresa siguió desarrollando sus funciones; **5)** El 16 de abril de 2020 informó el estado de gravidez y de alto riesgo por encontrarse con diabetes gestacional; **6)** Le fue suspendido su contrato de trabajo sin remuneración para del 20 de abril al 30 de junio de 2020; **7)** El 01 de julio de 2020 empezó a desarrollar sus labores de forma virtual, lo que realizó hasta el 12 del mismo mes y año, como quiera que a partir del 13 de julio de 2020 se notificó una nueva suspensión de su contrato de trabajo, la que se extendió hasta el 31 de agosto de 2020; **8)** El 01 de septiembre de 2020 retornó a su labor, laborando de forma presencial hasta el 12 del mismo mes y año; **9)** Nunca se le fue informado de los subsidios del gobierno por suspensión de contratos de trabajo; **10)** El 29 de diciembre de 2020 solicitó las acreencias laborales que le adeudan, a lo que se emitió respuesta negativa; y **11)** El 18 de febrero de 2021 se le informa que su contrato no será renovado y que laborara hasta el 01 de julio del mismo año.

2. Respuesta a la Demanda.

DISTRIFABRICA RAMÍREZ S.A.S. (archivo 14), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 01 de septiembre de 2016 que se fue renovando hasta el 01 de julio de 2021; los cargos que la actora desempeñó; el salario; que fue informado del estado de gravidez de la demandante; los periodos de suspensión de los contratos de trabajo, así como los reintegros de la actora; y que la demandante elevó petición, solicitando sus acreencias laborales.

Adujo que debido al confinamiento decretado por el Gobierno Nacional vía decreto de excepción y por el estado de emergencia no era posible tener abiertos locales, y no podía atenderse al público, con lo que se generó automáticamente un impedimento legal y material para ejecutar los contratos laborales; que por lo anterior, la actora debía permanecer dentro

Demandante: **SANDRA PATRICIA ESPITIA BERU.**

Demandado: **DISTRIFABRICA RAMÍREZ S.A.S.**

de su domicilio o lugar de habitación en cumplimiento de la orden de cuarentena y aislamiento; que con lo anterior, se constituyó una fuerza mayor o caso fortuito que impidió el pago de salarios; y que en todo caso realizó pago a la demandante a través de depósito judicial el 04 de marzo de 2022 de los valores que le adeudaba.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existieron varios contratos de trabajo a términos fijo, que fueron renovados hasta la terminación del vínculo el 1 de julio de 2021.

SEGUNDO: ORDENAR la entrega y pago del título de depósito judicial No. 400100008383908 por valor de \$ 3'521.618 consignado el 04 de marzo de 2022 por el demandado en favor de la actora, por conceptos de salarios causados en la suspensión del contrato de trabajo declarada ineficaz.

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de \$3'432.838 por concepto de indemnización moratoria.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la demandada, por secretaria liquídense las costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no hubo controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, y sus extremos temporales; que la misma demandada confesó que podía reubicar al demandante fuera de las labores de atención al público, por lo que, en tal situación no es dable alegar una fuerza mayor como consecuencia de la pandemia generada por el Covid-19; que el Ministerio de Trabajo adoptó diferentes directrices previo a la suspensión de un contrato de trabajo, como vacaciones, licencias, por lo que se debió dar prioridad a tales medidas; que en tratándose de trabajadoras gestantes conforme a sentencia T-279 de 2021 se requería permiso del Ministerio de Trabajo para suspender su contrato; que está acreditado el pago de los salarios pretendidos a través de pago por consignación, por lo que, es dable ordenar el reconocimiento de estos valores; que por lo anterior, hay lugar a indemnización moratoria, como quiera que no es dable deprecar buena fe, puesto que se terminó el contrato pese a que la actora estaba en estado de gestación, y no aplicó en debida forma los términos para dar por terminado el contrato de trabajo a

término fijo; que hay lugar a sanción moratoria hasta la fecha en que se realizó el pago por consignación, el que además se puso en conocimiento de la demandante; y que no hay lugar a indexación ni a intereses, como quiera que se reconoció indemnización moratoria.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** manifestó que el objeto social de la empresa es de compra y venta de motocicletas, y comercialización de ropa de trabajo y accesorios y repuestos para motocicletas; que uno de los cargos desempeñados por la demandante era el de asesora comercial y atención a clientes, cargo en el que también debe recaudar información de mercadeo; que, al plantearse una situación de fuerza mayor o caso fortuito, debió el Ministerio de Trabajo verificar tal circunstancia; que conforme al Ministerio de Trabajo los contratos no se podían suspender, por demás que se tenían con otras opciones para o arribar a la decisión de suspender; que aunado a ello, la empresa efectuó virtualmente ventas y desarrolló su objeto social; que muchas actividades se podían ejecutar desde las casas, máxime si se tiene en cuenta que la actora se encontraba en estado de gravidez; que si a la terminación del contrato no se pagaban los salarios se debía pagar un día de salario cada día de retardo, sin que el empleador allegara el depósito judicial ni que hubiera notificado este; y que por todo lo anterior, es dable establecer que se obró de mala fe, siendo la sanción moratoria la anteriormente descrita.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable reconocer por concepto de indemnización moratoria un día de salario por cada día de retardo sin tener en consideración el pago por título judicial efectuado por la demandada?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Indemnización Moratoria.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a **la sanción moratoria**, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que no existe duda en la imposición de dicha sanción, pues el juez de primera instancia arribó a la conclusión que, indebidamente se suspendió el contrato de trabajo pese a que el empleador contó con diferentes mecanismos previo a la aplicación de la aludida suspensión, tales como conceder vacaciones o permisos remunerados, por lo que su actuar no estuvo revisto de buena fe, máxime si se tenía en cuenta que la demandante se encontraba en estado de gravidez; aspecto que no fue objeto de impugnación por el apoderado de la demandada.

Así las cosas, la controversia en esta instancia se limitó única y exclusivamente a la posibilidad de extender la sanción moratoria impuesta por el *A Quo*, quien señaló que se acreditó un pago por consignación, y que en consecuencia tal indemnización únicamente era dable imponerla hasta ese preciso momento.

Descendiendo al caso, observa la Sala que el 04 de marzo de 2022 se efectuó un depósito judicial a nombre de la demandante por la suma de \$3'521.618 por concepto de salarios (fl.25 del archivo 14 y archivo 19); sin embargo, CSJ Rad.28090 del 20 de octubre de 2006, ha señalado que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.

En igual sentido, en sentencia CSJ Rad. 31712 del 30 de octubre de 2007, se enseñó que *“el simple hecho de la consignación no es factor que libere al empleador de la sanción moratoria, pues de todas maneras la suma consignada sigue revestida de las mismas características atrás enunciadas y por ello el trabajador debe tener la plena posibilidad de recibir su importe. Y para esto último, es el empleador quien debe hacer todas y cada una de las diligencias requeridas para que el trabajador acceda a la suma consignada, pues si condiciona su entrega o la limita o no hace lo que corresponda a su*

Demandante: **SANDRA PATRICIA ESPITIA BERU.**

Demandado: **DISTRIFABRICA RAMÍREZ S.A.S.**

órbita, no puede hablarse de un pago por consignación con efectos liberatorios, sin perjuicio, desde luego, de lo que en cada proceso en particular muestren los elementos probatorios que lleven al juez a un convencimiento contundente de que el pago por consignación se ajustó a derecho”.

En tales condiciones, es dable determinar que, pese a que obra el pago del depósito judicial, este sólo se puso en conocimiento con la contestación de la demanda -07 de marzo de 2022- sin que se hubiere allegado constancia de autorización de su pago al trabajador, por lo que, en tales condiciones no era dable deprecar que se ha actuado de buena fe, y en consecuencia considerar que se interrumpió la mora desde el momento de tal consignación.

Así las cosas, y como quiera que el salario que determinó el juez de primera instancia para efectuar sus condenas es el salario mínimo, \$877.803, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que se debe pagar la suma de \$29.260,10 por cada día de retardo desde el 02 de julio de 2021 hasta que se haga efectivo su pago.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización moratoria se debe pagar la suma de \$29.260,10 por cada día de retardo desde el 02 de julio de 2021 hasta que se haga efectivo su pago.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2022-00019 -01.

Demandante: **SANDRA PATRICIA ESPITIA BERU.**

Demandado: **DISTRIFABRICA RAMÍREZ S.A.S.**

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

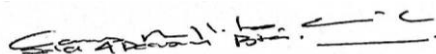
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00253 -01.

Demandante: **MARÍA DE JESÚS ACOSTA DE NOVA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **MARÍA DE JESÚS ACOSTA DE NOVA** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 22 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en virtud del principio de la condición más beneficiosa, en su condición de madre de Rosalía Nova Acosta, a partir del 22 de marzo de 1999; retroactivo; intereses moratorios; e inclusión en nómina.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Rosalía Nova Acosta falleció el 22 de marzo de 1999 en calidad de afiliada a COLPENSIONES; **2)** La causante era su hija, y esta al momento de su deceso no tenía descendencia, cónyuge ni unión marital de hecho; **3)** Dependía económicamente de su hija; **4)** Solicitó pensión de sobrevivientes,

no obstante, le fue negada mediante Resolución 14689 de 1999, siendo reconocida indemnización sustitutiva; y **5)** La exánime cotizó 523,17 semanas de las cuales 512 fueron cotizadas antes del 01 de abril de 1994.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (51 a 59 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que la norma a aplicar era la vigente al momento del fallecimiento del causante, esto es, la Ley 100 de 1993 en su redacción original; que la exánime al momento de su deceso no se encontraba cotizando, por demás que aportó únicamente 21 semanas dentro del último año de vida, por lo que, no es dable acceder al reconocimiento pensional; y que fue por lo anterior, que se reconoció a favor de la actora una indemnización sustitutiva.

2.2. Sucesión Procesal.

Ante el fallecimiento de la demandante, mediante auto del 12 de noviembre de 2020 se tuvo como sucesor procesal a Jorge Israel Novoa Acosta (archivo 04).

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la norma vigente para el presente caso es la Ley 100 de 1993 en su redacción original, como quiera que el fallecimiento de la causante data de 1999; que la causante no se encontraba cotizando al momento de su deceso, por lo que, debía acreditar 26 años en el año anterior a su fallecimiento, presupuesto que no se demostró; que pese a lo dicho, en virtud del principio de la condición más

beneficiosa es dable acudir al régimen anterior, Acuerdo 049 de 1990; que para dar aplicación al principio aludido se debió cotizar por lo menos 300 semanas a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, lo que se acreditó, pues la causante a tal data alcanzó 309 semanas; que en investigación realizada a la demandante, es dable colegir que esta una vez enviudó dependía económicamente de su madre, y no de su hija fallecida, como se pretende en juicio; y que por lo anterior, no es dable darle credibilidad al testigo compareciente, puesto que la anterior declaración fue realizada por la misma demandante en el trámite de la investigación administrativa.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** adujo que hay suficientes elementos probatorios en el plenario con el que se puede establecer la dependencia económica, pues el mismo I.S.S. le reconoció su calidad de beneficiaria y le reconoció a la demandante una indemnización sustitutiva; que aunado a lo anterior, obran diversas declaraciones extraprocesales que dan cuenta de la dependencia económica, lo que se corrobora con el testigo compareciente; que la dependencia no debe ser total ni absoluto, sino que debe ser una ayuda indispensable para el que considera ser beneficiario, aspecto que ha sido avalado tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia; y que por lo anterior, también se deben reconocer los respectivos intereses moratorios, o en subsidio, la indexación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante como consecuencia del fallecimiento de su hija, Rosalía Nova Acosta?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la Pensión de Sobrevivientes. Condición Más Beneficiosa- Ley 100 de 1993 en su redacción original.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento de la señora Rosalía Nova Acosta -22 de marzo de 1999- (fl. 21 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original; normas que establecen que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte, o en caso de haber dejado de cotizar, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

En el *sub lite*, observa la Sala que la señora Rosalía Nova Acosta alcanzó 523,57 semanas, de las cuales 21,28 fueron cotizadas en el año inmediatamente anterior al deceso de la causante, esto es, entre el 22 de marzo de 1998 y el 22 de marzo de 1999; lo dicho, conforme a la documental a folios 31 a 38 del archivo 01.

Así las cosas, es procedente a acudir al principio de la condición más beneficiosa a efectos de verificar si es dable el reconocimiento de la prestación pensional, pudiendo esta Sala acudir a la norma inmediatamente anterior, que para el caso es el Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 25° del Acuerdo 049 de 1990, en consonancia con el artículo 6° de la misma normatividad dispone que hay lugar a pensión de sobrevivientes cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado ha reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez o sobrevivientes por riesgo común, esto es, 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 semanas, en cualquier época, con anterioridad a tal estado.

Sobre el alcance de la anterior normatividad, CSJ Rad. 28.893 del 04 de diciembre de 2006, CSJ Rad. 30.581 del 09 de julio de 2008 ha expuesto que se debe acreditar una de las dos hipótesis que contiene tal normatividad en el literal b), así: Para quien fallecen con anterioridad al 31 de marzo de 2000 las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo se deben haber satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; y en lo relativo a las 150 semanas aportadas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, se debe contabilizar desde el 01 de abril de 1994 hacia atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 01 de abril de 1988, en adición a que se debe alcanzar esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden el fallecimiento. La anterior doctrina ha sido reiterada en diversas decisiones como la CSJ SL634-2020, CSJ SL4807-2020, y CSJ SL5147-2020, por mencionar algunas.

De esta manera, observa la Sala que la causante acredita 312,57 semanas antes del 01 de abril de 1994, por lo que, se encuentra demostrado el requisito de 300 semanas previo a tal fecha.

En cuanto a la dependencia económica deprecada por la *A Quo*, es necesario precisar que CSJ Rad. 34228 del 21 de octubre de 2008, CSJ Rad. 37387 del 03 de febrero de 2010, CSJ SL667-2013, CSJ SL3461-2018, CSJ SL3115-2020, CSJ SL2826-2021 y CSJ SL772-2022, tiene adoctrinado que no es necesario evaluar la calidad de beneficiario, cuando se tiene acreditado y no discutida tal condición, en virtud del reconocimiento de una indemnización sustitutiva; aspecto que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que en la Resolución 014689 del 30 de julio de 1999- acto administrativo que se encuentra en firme- se señaló que si bien la causante no alcanzaba el número de semanas, luego de estudiar la solicitud presentada se estableció que era procedente reconocer la aludida indemnización a quien acreditó su calidad de beneficiaria por encontrarse demostrados los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, norma que establece en su literal d), *“que serán beneficiarios los padres del causante si dependen económicamente de forma total y absoluta de este”* (fl. 24 del archivo 01).

En tales condiciones no era dable adentrarse al análisis de la dependencia económica, pues dicho aspecto ya había sido objeto de estudio por parte de la entidad de pensiones en sede administrativa, tan es así que procedió al reconocimiento de la indemnización sustitutiva; recuérdese que tal y como lo expuesto CSJ Rad. 31055 del 12 de diciembre de 2007, los beneficiarios de la indemnización sustitutiva a que hace referencia el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, son los mismos a los que alude el artículo 47 *ejusdem*, de manera que, *“si los requisitos para la pensión de vejez no están satisfechos para la fecha de fallecimiento, los eventuales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes son los mismos de la indemnización sustitutiva, lo que quiere decir que quienes no tuvieron la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, tampoco lo serán para la referida indemnización”*.

Por lo anteriormente expuesto, es dable acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que, se REVOCARÁ la sentencia y en su lugar se ordenará el pago de tal prestación.

Fecha de Reconocimiento, Valor de la Mesada Pensional, Mesadas Adicionales, Prescripción, y Valor Retroactivo.

Teniendo en cuenta que Rosalía Nova Acosta falleció el **22 de marzo de 1999, es a partir de tal data que debe efectuarse el reconocimiento pensional**, y así se establecerá. Asimismo, conforme a las semanas reportadas en las autoliquidaciones visibles a folios 31 a 38 del archivo 01, encuentra la Sala que los aportes realizados por la causante se efectuaron sobre el salario mínimo legal o sumas ligeramente superiores a tal rubro, por lo que, **se reconocerá como mesada pensional el salario mínimo legal**; recuérdese que de conformidad con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 el monto mensual de la pensión es igual al 45% del I.B.L. más un 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500, sin que exceda el 75% del I.B.L.

Del mismo modo, resulta procedente el pago de **14 mesadas anuales**, como quiera que la prestación se causó el 22 de marzo de 1999, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; norma que dispuso la eliminación de la mesada catorce para aquellas pensiones que se causen a partir de la entrada en vigor de tal normatividad., excepto para aquellos que devengan menos de tres salarios mínimos a quienes se les conservó tal derecho hasta el 31 de julio de 2011.

Por otra parte, y en cuanto al fenómeno de la **prescripción** encuentra la Sala que mediante Resolución 014689 del 30 de julio de 1999 se negó la pensión de sobrevivientes, no obstante, no se demandó dentro de los tres años siguientes a tal negativa, por manera que, únicamente es dable tener como fecha de interrupción de tal fenómeno, la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 19 de marzo de 2019 (fl. 45 del archivo 01), por lo que, se declarará que operó la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de marzo de 2016.

Finalmente, observa la Sala que la demandante falleció el 30 de junio de 2019, por lo que, únicamente es dable reconocer el **retroactivo** hasta tal fecha; por tanto, se debe pagar la suma de **\$34'232.570**, teniendo en cuenta las siguientes operaciones aritméticas de rigor:

Demandante: **MARÍA DE JESÚS ACOSTA DE NOVA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	MESADAS	VALOR MESADA
2016	\$ 689.455,00	10,4	\$ 7'170.332
2017	\$ 737.717,00	14	\$ 10'328.038
2018	\$ 781.242,00	14	\$ 10'937.388
2019	\$ 828.116,00	7	\$ 5'796.812
TOTAL			\$ 34'232.570

Intereses Moratorios.

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

De igual manera, dichos intereses no dependen de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (CSJ Rad. 42783 del 13 de junio de 2012, CSJ Rad. 18789 del 29 de mayo de 2003, CSJ SL8949-2017 y CSJ SL3947-2020); no obstante, se ha aceptado que no son procedentes cuando se está frente a pensiones reconocidas con fundamento en un cambio de jurisprudencia, dado que el proceder de la entidad de pensiones en tales casos no se torna arbitrario o caprichoso, por el contrario, la entidad aplicó la normatividad que resultaba plausible y que se estimaba regía el derecho en controversia (CSJ SL12018-2016, CSJ SL4650-2017, CSJ SL1947-2020 y CSJ SL4165-2021); lo dicho, salvo cuando el criterio jurisprudencial que origina el reconocimiento, se encuentra consolidado para el momento en el que se resuelve la solicitud pensional, caso en el cual se ha predicado la procedencia de los citados réditos (CSJ SL3834-2021, CSJ SL2843-2021, CSJ SL5037-2020, CSJ SL3808-2020, y CSJ SL3723-2019).

Conforme lo expuesto, y en atención a que en el caso presente la prestación es reconocida en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y que se negó la prestación antes de la consolidación del criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en relación con la aplicación del principio aludido, pues solicitó pensión de sobrevivientes el 12 de mayo de 1999, y se resolvió tal petición mediante Resolución 014689 del 30 de julio de la misma anualidad (fl.24 del archivo 01); se considera que no es factible su imposición, en consecuencia, y dado que el retroactivo objeto de condena

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00253 -01.

Demandante: **MARÍA DE JESÚS ACOSTA DE NOVA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

se ha visto sometido a la pérdida de su poder adquisitivo por el transcurrir del tiempo, se ordenará su pago debidamente indexado al momento en que se efectuó su pago.

Beneficiarios del Retroactivo con Ocasión de la Muerte de la Actora en el Trámite del Proceso.

En este punto, se hace necesario aclarar, que los valores de la pensión de sobrevivientes que en vida dejó la señora María de Jesús Acosta de Nova al ser causados con anterioridad a su fallecimiento, no se pagan a favor de quien acudió en calidad de sucesor procesal, sino que estos deben ingresar a su masa sucesoral (CSJ SL1113-2019). Conforme a lo anterior, se ordenará el pago del retroactivo objeto de condena debidamente indexado a favor de la aludida masa sucesoral de la accionante.

Descuento de la Indemnización Sustitutiva.

Como quiera que se encuentra acreditado en juicio el pago de una indemnización sustitutiva, resulta factible que COLPENSIONES del valor del retroactivo objeto de condena descuenta el valor que pagó por concepto de indemnización sustitutiva.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia. En su lugar, se dispone:

Demandante: **MARÍA DE JESÚS ACOSTA DE NOVA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

A. DECLARAR que MARÍA DE JESÚS ACOSTA DE NOVA es beneficiaria de una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hija, Rosalía Nova Acosta, a partir del 22 de marzo de 1999, en una cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente; prestación que debe reconocerse en catorce mesadas anuales.

B. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de marzo de 2016, por las razones expuestas en la considerativa de esta providencia.

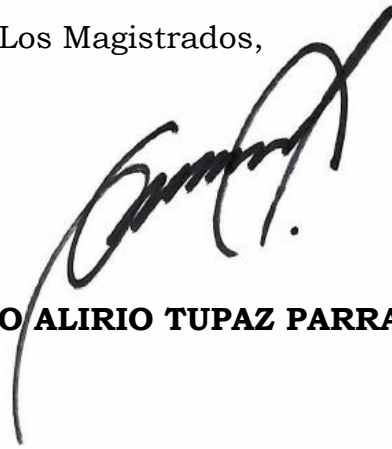
C. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar como consecuencia del fallecimiento de MARÍA DE JESÚS ACOSTA DE NOVA acaecido el 30 de junio de 2016, un retroactivo por valor de **\$34'232.570**, a favor de su **masa sucesoral**, suma que deberá pagarse debidamente **indexada** al momento de hacer efectivo su desembolso; que COLPENSIONES podrá del valor aludido **descontar el valor que pagó por concepto de indemnización sustitutiva**.

D. ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

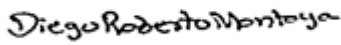
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

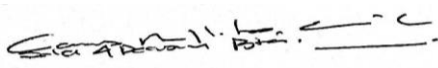
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00253 -01.
Demandante: **MARÍA DE JESÚS ACOSTA DE NOVA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

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


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00467 -01.

Demandante: **ROSEBERTH JESÚS BALCAZAR CAMACHO.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **ROSEBERTH JESÚS BALCAZAR CAMACHO** interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 22 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA,** y **A.R.L. SURA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se deje sin efectos los dictámenes proferidos por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ del 09 de agosto de 2012 y 18 de junio de 2014, respectivamente; y que tiene un P.C.L. superior al 50%. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a partir del 13 de marzo de 2012 junto con los intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 03 de febrero de 2011 sufrió un accidente de trabajo mientras laboraba en Inversiones Agroindustriales del Cauca S.A.S., siendo diagnóstico con un quiste en la mano derecha; **2)** El 11 de abril de 2011 fue intervenido quirúrgicamente para extraer un fragmento de tejido colágeno blanco amarillento, con lo que se determinó que tenía una astilla madera, descartando el diagnóstico inicial; **3)** El 11 de diciembre de 2011 se ordena practicar exámenes para estudiar su actividad eléctrica cerebral de su mano derecha, con lo que el 11 de enero de 2012 se determinó que padecía de una Distrofia Simpática Refleja en la Mano Derecha; **4)** La extracción equivocada del nervio de su mano derecha le ocasionó secuelas funcionales permanentes que le impiden desarrollar su labor de obrero en actividades agrícolas, así como le ha generado estrés postraumático; **5)** El 22 de junio de 2012 se calificó por parte de A.R.L. SURA el P.C.L. en 10,25%; calificación que sería apelada fijándose por parte de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA el P.C.L. en 25,10%, y luego, por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 18 de junio de 2014 quien conformaría tal decisión; **6)** El 08 de noviembre de 2012, la empresa donde laboraba fue intervenida por la Fiscalía General de la Nación por el delito de enriquecimiento ilícito por lo que tuvo que ser clausurada; y **7)** Mediante dictamen 002-2014 del 20 de febrero de 2014, el Médico Especialista en Salud Ocupacional, Leonardo López Hurtado determinó que tenía un P.C.L. equivalente al 55,01%.

2. Respuesta a la Demanda.

A.R.L. SURA (fls. 111 a 130 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó lo atinente al accidente trabajo que sufrió el actor el 03 de febrero de 2011 en su mano derecha; la intervención quirúrgica que le fuere realizada al demandante; y la calificación que realizó como aseguradora de riesgos laborales y las juntas de calificación de invalidez, así como el P.C.L. que le fue asignado por estas últimas.

Adujo que ha pagado las prestaciones asistenciales y económicas a su cargo con ocasión del accidente de trabajo que sufrió el actor; que dentro de su dictamen se estableció un P.C.L. del 23,48%; y que con el P.C.L. determinado por las juntas de calificación de invalidez, 25,10%, no es dable reconocer una pensión de invalidez, por demás que dichas entidades son entes especializados sobre la materia.

Por su parte, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** (fls. 171 a 192 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó lo atinente al accidente trabajo que sufrió el actor el 03 de febrero de 2011 en su mano derecha; que el demandante fue diagnosticado con una distrofia simpática refleja en la mano derecha; y la calificación que realizó la A.R.L, y las juntas de calificación de invalidez.

Adujo que en 2013 el actor comenzó a consultar psiquiatría, y allí sólo tuvo cuatro consultas, determinándose que presentaba un trastorno mayor, condición que no se deriva de un evento traumático; que el dictamen allegado por el galeno Leonardo López Hurtado no contiene documentos que le sirven de fundamento, y carece de soportes sobre la idoneidad y experticia del profesional; que la decisión de la junta se fundamentó en los soportes clínicos del demandante, de conformidad con los criterios para la calificación del P.C.L.; y que la variación que pueda presentar la demandante exime a la junta, pues han transcurrido más de cinco años desde que se emitió el dictamen.

Por su parte, la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA** (fls. 245 a 256 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó lo atinente a la calificación que realizó la A.R.L, y las juntas de calificación de invalidez.

Adujo que la decisión que emitió la realizó con pleno sustento probatorio y de conformidad con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación de una P.C.L.; y que no se evidencia algún tipo de vicio que tenga el dictamen proferido para que sea considerado invalido o ineficaz.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que es dable dejar sin efectos dictámenes de pérdida de capacidad laboral emitidos por juntas de calificación de invalidez, siempre que se evidencie un error grave en su fundamentación técnico-científica, o jurídica; que en plenario está acreditado el accidente de trabajo que padeció el 03 de febrero de 2011, y que consecuencia de este el demandante presenta las patologías denominadas “Herida de la muñeca y de la mano, parte no especificada”, y “Traumatismo del nervio mediano a nivel de la muñeca y de la mano”, las que según dictamen proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA el 11 de octubre de 2021 el P.C.L. equivale a 30,55%; que con dicho dictamen es posible establecer que no se incurrió en error grave en los dictámenes que inicialmente fueron proferidos por las juntas, así como que el P.C.L. del actor es insuficiente para el reconocimiento de una pensión de invalidez; y que aunado a ello, los dictámenes demandadas se encuentran ajustados al normatividad que impera en la materia, no advirtiéndose aspectos caprichosos y subjetivos.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** dijo que se restó valor probatorio a la prueba aportada con la demanda del Doctor Leonardo López Hurtado, así como se incurrió en una indebida valoración probatoria, pues el dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA no cumplió con lo ordenado por el juzgador; y que obra bastante prueba para que se pueda acceder a las pretensiones de la demanda.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el demandante y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Conforme al acervo probatorio vertido es posible dejar sin efectos los dictámenes proferidos por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De los Dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez.

Las juntas de calificación de invalidez tienen como función principal calificar la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Asimismo, los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, conforme al artículo 31 del Decreto 2463 de 2001 (vigente al momento de iniciar el trámite de calificación del demandante) “*deben*

contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”; presupuestos que, en todo caso, en la actualidad se encuentran plasmados en el artículo 40 del Decreto 1352 de 2013.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional ha establecido que los dictámenes que expiden las juntas de calificación deben contener todos los elementos probatorios que sirvan para establecer una relación causal tales como la historia clínica, exámenes médicos periódicos, el cargo desempeñado, actividades, entre otras (T-424 de 2007).

Así mismo, a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez les corresponde actuar en primera instancia cuando se solicite la calificación de la invalidez, para el pago de prestaciones asistenciales y/o económicas por parte de las entidades administradoras del sistema de seguridad social y entidades de previsión social o entidades que asuman el pago de prestaciones. Por su parte, el artículo 14 del Decreto 2463 de 2001 señala que deben “emitir los dictámenes, previo estudio de los antecedentes clínicos y/o laborales; ordenar la presentación personal del afiliado, del pensionado por invalidez o del aspirante a beneficiario por discapacidad o invalidez, para la evaluación correspondiente o delegar en uno de sus miembros la práctica de la evaluación o examen físico, cuando sea necesario; solicitar a las entidades promotoras de salud, a las administradoras de riesgos profesionales y a las administradoras de fondos de pensiones vinculados con el caso objeto de estudio, así como a los empleadores y a las instituciones prestadoras de los servicios de salud que hayan atendido al afiliado, al pensionado o al beneficiario, los antecedentes e informes que consideren necesarios para la adecuada calificación”. (Subrayado fuera de texto)

Igualmente son funciones de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, calificar en segunda instancia el estado de invalidez cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra los dictámenes emitidos por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez (numeral 6 del artículo 3° y 13 del Decreto 2463 de 2001).

Ahora bien, los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez se tratan de un concepto técnico y científico sobre la valoración completa del estado de salud de una persona, para lo cual se utilizan estándares de razonabilidad e integralidad, a través del cual, se evalúa el daño sufrido y las consecuencias que emanan del mismo (CSJ SL13545-2014).

Del mismo modo, y en cuanto a la valoración de diferentes dictámenes que se allegan a un proceso, CSJ SL4346-2020 y CSJ SL2349-2021 ha dispuesto que los jueces pueden soportar su decisión en el que les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción; y que aunque se ha admitido la relevancia de los dictámenes que expiden las juntas de calificación de invalidez por tratarse de conceptos técnicos y científicos emanados de órganos autorizados por el legislador, lo cierto es que estos constituyen un medio de prueba y, como tal, deben someterse a la valoración del juzgador bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba.

En similar sentido, CSJ SL3992-2019, indicó que *“el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones (...) no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria.”*

Descendiendo al caso, la Sala observa que el demandante eleva inconformidad contra los dictámenes emitidos por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 09 de agosto de 2012 y 18 de junio de 2014, respectivamente (fls. 33 a 46 del archivo 01), quienes determinaron que el actor presentaba los diagnósticos de *“otras lesiones de nervio mediano”* y *“herida de la muñeca y de la mano- parte no especificada”*, por lo que su P.C.L. era del 25,10%; no obstante, la parte actora considera que debe fijarse en porcentaje superior al 50%.

Al respecto, es menester advertir que en el plenario no existe una prueba que resulte fidedigna para soportar tal pedimento; ciertamente, la demandada fundó su impugnación en el dictamen proferido por el galeno Leonardo López Hurtado, y que encuentra visible a folios 47 y 48 del archivo 01, quien aduce en su calidad de Médico Especialista en Salud Ocupacional que el P.C.L. que se debió otorgar al demandante era del 55,10%; sin embargo, y de conformidad con los principios de la libre formación del convencimiento, apreciación crítica y conjunta de tal prueba, la Sala encuentra falencias que afectan su veracidad, tales como que, en dicho dictamen, no se logra determinar la formación académica, experiencia, lista de publicaciones y casos en que ha sido como perito en casos de similares contornos, así como si el examen, método, experimento e investigación que efectuó es diferente respecto de aquellos que se utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio.

De esta manera, a juicio de la Sala era dable tal y como lo hizo el A Quo, para fundamentar y establecer su posición frente al asunto acudir a nuevo dictamen proferido por una entidad especializada sobre la temática en cuestión, como lo es la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, quien en nuevo dictamen del 11 de octubre de 2021 señaló que, el accionante presentaba las patologías que denominó *“Herida de la muñeca y de la mano, parte no especificada”* y *“Traumatismo del nervio mediano a nivel de la muñeca y de la mano”*, señalando que el P.C.L. que alcanzaba el demandante era del 30,55%; porcentaje muy inferior al que fuera dispuesto por el galeno el galeno Leonardo López Hurtado.

Así las cosas, no existe prueba que permita determinar que el actor tiene un P.C.L. superior al 50% como se pretende en el libelo genitor, más aún si se tiene en cuenta que en el aludido dictamen se tuvieron en cuenta los conceptos médicos del 05 de mayo, 15 de noviembre de 2011, y 13 de marzo de 2012, así como se incluyó los del 03 de julio de 2019, 02 de marzo, 23 de noviembre, 15 y 19 de diciembre de 2020; estudio técnico científico que en suma a la normatividad que rige la materia, le permitió a dicha entidad, concluir de forma suficiente y razonable que se alcanzaba un 30,55% de P.C.L.

En efecto, no se evidencia omisión o yerro en que hubieren podido incurrir las entidades calificadoras, pues por el contrario, se denota que tuvieron en cuenta para fundamentar su decisión la correspondiente historia clínica del actor, le efectuaron valoraciones clínicas, y llevaron a cabo la respectiva valoración a través de medicina general, clínica del dolor, y seguimiento médico integral, para determinar su condición de salud. Además, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca fundamentó su decisión en la normatividad que rige la materia, Ley 100 de 1993, Decreto 2566 de 2009, Decreto 917 de 1999, y Decreto 2463 de 2001.

Por tanto, la Sala se acogerá íntegramente a lo dispuesto en tal estudio técnico- científico, máxime si se tiene en cuenta que no se logra derruir tal dictamen con algún otro, así como tampoco se solicitó la citación de los médicos que integraron la junta para verificar las razones que los llevaron a tomar la determinación aludida, y con ello, si es del caso restarle valor probatorio a su dictamen, tal y como se colige del artículo 227 del C.G.P.; de modo que, la mera apreciación de que en el mismo no se hizo un estudio de las patologías psicológicas o psiquiátricas que aquejan al demandante es exiguo para declarar el P.C.L. que se persigue, pues conforme a lo dicho, la parte actora, primero, debió acreditar suficientemente tal falencia a través de un estudio fehaciente y fidedigno que tuviera en cuenta tales patologías y que le permitiera a la Sala concluir razonablemente su inclusión, y segundo, restar valor probatorio al dictamen que fuere decretado por el juzgador, lo que podía lograr si en juicio y al momento de contradecir el dictamen, hubiere llamado a los miembros integrantes de la junta de calificación de invalidez y si fuera por parte de esta Corporación razonablemente concluir que se incurrió en algún tipo de equivocación; presupuestos que no se lograron demostrar por parte del accionante.

Adicionalmente, las declaraciones de los testigos comparecientes a juicio, esto es, Eira Mair Balcázar, María Ermila Umaña de Urrego, y José Francisco Díaz no tiene el alcance para desestimar el dictamen aludido, pues aunado a que ningún de ellos fue llamado en calidad de testigo técnico, por lo que, desconocen certeramente la condición médica del accionante y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00467 -01.

Demandante: **ROSEBERTH JESÚS BALCAZAR CAMACHO.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTROS.**

si sus dolencias puedan representar un P.C.L. que supera un 50%, por lo que en tal sentido se sus dichos se encuadran únicamente en apreciaciones subjetivas sin ningún tipo rigor técnico y/o científico; último aspecto que es al que precisamente se debe acudir cuando se controvierte dictámenes de las juntas de calificación de invalidez.

En tales condiciones, no encuentra la Sala elementos probatorios suficientes para concluir que las patologías del accionante deban ser calificadas con un P.C.L. superior al 50%, por lo que, se considera acertada la decisión del A Quo y, por ende, se confirmará.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00467 -01.

Demandante: **ROSEBERTH JESÚS BALCAZAR CAMACHO.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTROS.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$500.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA