



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033201900537-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el primero (1) de julio de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GRACIELA AMPARO DEL SOCORRO YAÑEZ VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Graciela Amparo del Socorro Yañez Vargas, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado de la demandante al RAIS ante la omisión de COLFONDOS S.A. de informar, ordenar el traslado y afiliación a COLPENSIONES, ordenar a PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, rendimientos que

se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro descuento que se haya generado, en caso de que PORVENIR haya concedido prestación pensional ordenar el pago de la mesada hasta tanto se trasladen los aportes al RPM y sea reconocida la prestación por COLPENSIONES, condenar al pago de costas y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que fue asignado al sistema de seguridad social en pensiones el 14 de marzo de 1986, que se trasladó de régimen pensional al RAIS el 30 de noviembre de 1995 a través de COLFONDOS S.A., que al momento del traslado no se dio por parte del asesor la información, completa, suficiente y veraz, procediéndose solo a la firma de un formulario de afiliación preestablecido, que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., que solicitó a COLPENSIONES la anulación de traslado, sin embargo, no se dio respuesta alguna por parte de la entidad, petición que también fue adelantada ante los fondos privados y solo PORVENIR S.A. negó lo peticionado ya que COLFONDOS también guardó silencio.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se le tuvo por contestada la demanda en auto del 29 de marzo de 2022, al allanarse a las pretensiones de la demanda. (archivo 05AutoDaContestadaRemiteDescongestion.pdf)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de fondo que denominó; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 01Expediente.pdf, fls. 399 a 418).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denominó; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (archivo 01Expediente.pdf, fls. 472 a 509).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el primero (1) de julio de 2022 por el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, declaro la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad por la demandante, ordeno a PORVENIR trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES quien deberá reactivar la afiliación, declarar no probadas las excepciones planteadas por las entidades COLPENSIONES y PORVENIR, costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

Del recurso de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse en virtud a los presupuestos legales y jurisprudenciales, tampoco se acredita algún tipo de engaño por parte de las AFP que den lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado, además tampoco en interrogatorio de parte la demandante manifestó que hubiera realizado reclamación alguna a los fondos privados, dando a entender con ello que se encontraba de acuerdo con el servicio otorgado, la Ley 797 de 2003 indica que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir el derecho pensional, no pueden ser desconocido el incumplimiento de los deberes que recaen en los afiliados al sistema general de pensiones, como es emplear la adecuada atención al momento de tomar decisiones, se solicita la absolución en condena en costas ya que la entidad no tuvo injerencia en los actos jurídicos celebrados libre y voluntariamente entre la demandante y las AFP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de la parte demandada COLPENSIONES, solicito se revoque la sentencia para lo cual argumento que la supuesta falta de información no se dio, ya que para el año en que se traslado solo se daba lugar a la manifestación al derecho de la libre escogencia de régimen a través del formulario, cobrando gran importancia el principio de la relatividad jurídica, dando paso a la descapitalización del sistema afectándose la sostenibilidad financiera, en caso de mantenerse la condena impuesta, solicita se adicione la sentencia para que COLFONDOS reintegre las cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual y en general todos los aportes efectuados por la demandante, por su parte, la demandada PORVENIR solicita se revoque la sentencia y en consecuencia se absuelva a

la entidad, sin que haya lugar a efectuarse condena en costas. Las demás partes intervinientes en el proceso guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Colfondos S.A. y Porvenir S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas deducidas por causa de la afiliación realizada y **iv)** si la demandada COLPENSIONES debe asumir costas procesales. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 20 de mayo de 2019, donde se solicita la anulación del traslado al RAIS. (archivo 01Expediente.pdf, fl. 109)

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la

posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir

en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las

disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veinticuatro (24) de febrero de 1962 (archivo 01Expediente.pdf, fl. 140), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre el 14 de marzo de 1986 al 31 de agosto de 1995 un total de 279,29 semanas (archivo 01Expediente.pdf, fl. 52), iii) que el treinta (30) de noviembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 1995 (archivo 01Expediente.pdf, fls. 58 y 455). vi) que el doce (12) de octubre de 1999 se trasladó de A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 1999 (archivo 01Expediente.pdf, fls. 108 y 455) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.235 semanas (archivo 01Expediente.pdf, fl. 96).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A. y Porvenir S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Graciela Amparo del Socorro Yañez Vargas asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que

se generen erogaciones no previstas.”

Respecto a la tesis de actos de relacionamiento esta no es admisible, pues la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5686 de 2021 dijo: *“La teoría de los actos de relacionamiento para determinar una afiliación o desafiliación tácita no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado, dado que la migración de la persona del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y posteriores tránsitos entre fondos privados implican una afiliación expresa -ni la afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan la información debida y suficiente del afiliado acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos- El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.”.*

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el treinta (30) de noviembre de 1995 con efectividad el 1 de diciembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

De la imposición en costas

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)*” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el

proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a PORVENIR y COLPENSIONES, quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que no se revocará dicha condena frente a la demandada COLPENSIONES, conforme se solicitó en el recurso de apelación.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de ordenar a COLFONDOS y PORVENIR la devolución a COLPENSIONES de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima descontados de los aportes de la demandante por el tiempo en que se encontró afiliada a dichas entidades. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el un (1) de julio de 2022 por el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **GRACIELA AMPARO DEL SOCORRO YAÑEZ VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para ordenar a COLFONDOS y PORVENIR la devolución a COLPENSIONES de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados de los aportes de la demandante por el tiempo en que se encontró afiliada a dichas entidades, en todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

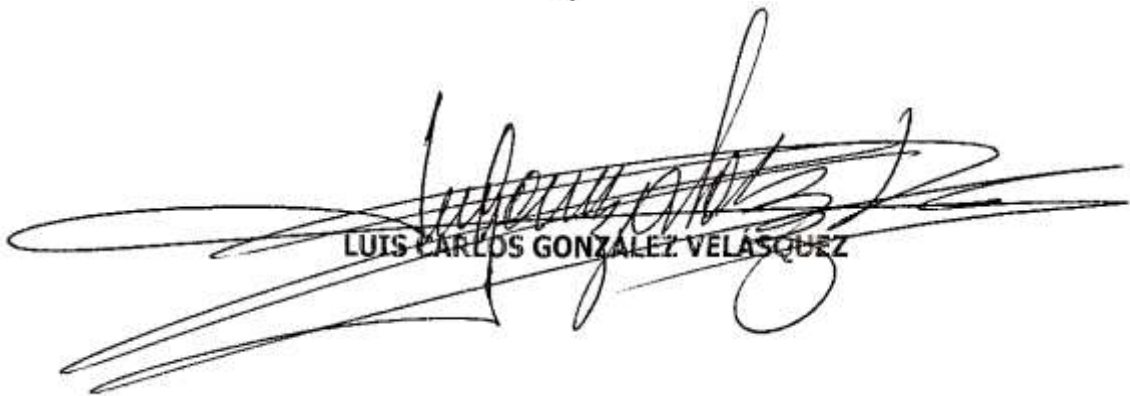
SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las results del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033201900544-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Ineficacia Afiliación Inicial al Sistema General de Pensiones.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta, en favor de esa misma Administradora, en contra de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FABIO JOSÉ SÁNCHEZ TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

FABIO JOSÉ SÁNCHEZ TORRES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., para que, se declare nula el acta o formulario de afiliación al RAIS; y, en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A., devolver al RPM, el capital ahorrado, junto con sus rendimientos y lo descontado por gastos de administración; que, se declare que para efectos pensionales continua afiliado a COLPENSIONES, como administradora del RPM; que, se conmine a COLPENSIONES, a continuar con su afiliación, y que, se condene en costas a las demandadas, en caso de oponerse a lo solicitado.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, al iniciar su vida laboral se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones,

para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que, desconoce en qué momento operó su cambio de régimen pensional; no obstante, resultó afiliado al RAIS, sin ser informado de las implicaciones que dicho cambio traería para su vida laboral, vulnerándose con ello el principio de la libre escogencia, porque no recibió asesoría suficiente por parte de los asesores de las Administradoras privadas, quienes sólo argumentaban que los trabajadores debían trasladarse de régimen porque el Seguro Social, iba a desaparecer y con ello también sería el fin del RPM, mientras que en el RAIS, los rendimientos para el capital ahorrado, serían muy productivos, además que, se podría pensionar a cualquier edad.

Indicó que, al conocer la proyección del monto de la pensión dada por PROTECCIÓN S.A., advirtió que, éste no resultaba suficiente ni siquiera para satisfacer sus necesidades básicas y, por tanto, elevó derecho de petición a esa Administradora, solicitando su traslado al RPM, pero éste le fue negado, mediante comunicación del 21 de junio de 2019, argumentado que su afiliación al RAIS era completamente válida, porque se efectuó bajo los principios de libertad de la Ley 100 de 1993; que, en igual sentido, el 15 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES, una nueva afiliación al RPM, pero está le respondió el 21 de mayo de 2019, que su afiliación o traslado al RAIS, fue voluntario ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, y que, no podía vincularse a ese Régimen (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, dio contestación oportuna, se opuso a las pretensiones y dijo que la mayoría de los hechos no eran ciertos, pues, desde el inicio de su vida laboral, el demandante, de manera libre y voluntaria, el 08 de julio de 1994, suscribió el formulario de afiliación a esa AFP, por lo tanto, nunca estuvo afiliado al ISS; brindándole al momento de su vinculación con esa Administradora, una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS y las diferencias entre los dos regímenes pensionales. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa,

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, también se opuso a las pretensiones de la demanda, negó los hechos de la misma y aclaró que, el actor, registra una afiliación a PROTECCIÓN S.A., desde agosto de 1994 y al ISS hoy COLPENSIONES, a partir de enero de 1995, retornando a PROTECCIÓN S.A., nuevamente en 1997, cotizando gran parte como trabajador

independiente, por lo que, mal puede alegar el desconocimiento del estado de su afiliación al Sistema General de Pensiones y menos aún afirmar que no sabía en qué régimen pensional se encontraba. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del Sistema pensional, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 05).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de septiembre de 2022, el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a PROTECCIÓN S.A., ordenando a esa Administradora, trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositas en la cuenta de ahorro individual del señor JOSÉ FABIO SÁNCHEZ TORRES; igualmente, le ordenó a COLPENSIONES, recibir la afiliación del actor, con los dineros que le fueren trasladados; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, de aceptarse el traslado del demandante, se estaría vulnerando el mandato legal que prohíbe el cambio de régimen para aquellas personas que se encuentran a menos de 10 años para pensionarse; que, la libre permanencia del señor FABIO JOSÉ SÁNCHEZ, por más de 30 años en el RAIS, saneó cualquier nulidad al respecto; además que, su afiliación a dicho régimen fue voluntaria, en uso de sus facultades mentales y legales, habiendo celebrado con PROTECCIÓN S.A., un contrato totalmente válido, que cumplió con los requisitos exigidos para la época; que, no se demostró una lesión justificada a los derechos pensionales del demandante, siendo más una molestia de orden económico lo que funda la demanda y no una vulneración al derecho de la Seguridad Social; que, pese al traslado de la totalidad de los dineros de la cuenta individual del demandante, es posible que COLPENSIONES, deba tomar dinero de sus recursos propios para cubrir las prestaciones pensionales del señor Sánchez Torres, afectando la sostenibilidad financiera del Sistema, dando prioridad al interés particular sobre el bien general.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, COLPENSIONES, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia apelada, teniendo en cuenta que la afiliación al RAIS del demandante, se produjo de manera libre y voluntaria, cumpliendo PROTECCIÓN S.A., con las obligaciones a su cargo, pues,

con el formulario de afiliación aportado, se demostró que le brindó al actor, información suficiente sobre las características y condiciones de dicho régimen; advirtió que, la decisión de la Juez de Instancia, afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera del Sistema pensional; señaló que, en caso de confirmar la sentencia apelada, se debe adicionar la condición de que el cumplimiento de las obligaciones impuestas a COLPENSIONES, solo se podrá hacer efectiva, una vez cumplidas las obligaciones impuestas a PROTECCIÓN S.A. en la sentencia, relacionadas con el reintegro de los recursos actualización de la información del demandante en la respectiva base de datos.

El demandante, solicitó ratificar las declaratorias y condenas proferidas por el Juzgado, y, confirmar lo decidido en la sentencia apelada, por encontrarse conforme a Derecho y a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral de Casación, relacionada con el tema.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuestos por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia de la afiliación inicial del demandante, al Sistema General de Pensiones a través del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o si por el contrario, éste debe permanecer en dicho Régimen.

DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN INICIAL AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES A TRAVÉS DEL RAIS

En el presente caso, solicitó el demandante, declarar la ineficacia de su afiliación inicial al Sistema General de Pensiones, la cual realizó a través del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PROTECCIÓN S.A.; pretensión a la que accedió la Juez de Primera Instancia, al considerar que, al señor SÁNCHEZ TORRES, no se brindó por parte de esa AFP, la suficiente información, sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias de elegir entre uno y otro.

Al respecto, sea lo primero precisar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones, está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuya afiliación a cualquiera de los dos, es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes, y debe adelantarse de manera libre y voluntaria, destacando el citado artículo 13 en su literal e) original, que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el

régimen de pensiones que prefieran, y que, sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional; término este último que a partir de 2003 fue modificado a 5 años por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y adicionado en el sentido de que después de un (1) año de la vigencia de dicha ley, el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

A su vez, el Decreto 692 de 1994, en cuanto a la selección, afiliación y vinculación a cualquiera de los regímenes enseña en su artículo 11 que, la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador, al momento de la vinculación o cuando se traslade de Régimen o de Administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar. Quienes decidan afiliarse voluntariamente al Sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada Administradora, y cuando el afiliado se traslade por primera vez del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

Ahora bien, no fue objeto de discusión en la alzada que, el demandante se afilió por primera vez, al Sistema General de Pensiones, mediante formulario de vinculación a PROTECCION S.A., suscrito el suscrito el 08 de julio de 1994 (fls. 94, 146 y 155 Archivo 01); tampoco que, con posterioridad a dicha fecha, los empleadores Departamento de Planeación Nacional, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y la Universidad Nacional, realizaron aportes a favor del actor, en Colpensiones, del 01 de enero de 1995 al 30 de abril de 1997, del 01 al 30 de septiembre de 1999 y del 01 a 30 de abril de 2001 respectivamente; no obstante, esa Administradora, remitió dichos pagos a PROTECCIÓN S.A., por no ser el demandante su afiliado (fls. 17-20 Archivo 01); sin que, se encuentre acreditado que, antes del 08 de julio de 1994, el señor SÁNCHEZ TORRES, haya realizado cotizaciones al RPM, a través del ISS u otra Caja o Fondo de Previsión Social, tampoco que se trasladó régimen pensional o cambió de Administradora, permaneciendo hasta la fecha en el RAIS, como se desprende de la historia laboral de PROTECCION S.A. (fls. 21-36 y 164-178 Archivo 01) y la certificación de ASOFONDOS que milita a folio 157 del archivo 01 del expediente digital.

En cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo su afiliación al Sistema General de Pensiones, al absolver interrogatorio de parte, el actor indicó que, la afiliación a PROTECCIÓN S.A., en el año 1994 se dio cuando ingresó a trabajar al Departamento Nacional de Planeación; que, no recibió la visita de ningún asesor, sino que ésta fue directamente tramitada por la Oficina de Contratación del Departamento Nacional de Planeación, quien también le entregó el formulario; que, su motivación para afiliarse a PROTECCIÓN S.A., fue

que, en ese momento se decía en distintos medios de comunicación que las Administradoras privadas de pensiones, iban a pagar unas pensiones superiores a las que reconocería el Seguro Social, en su momento, y que, lo mejor era cambiarse de régimen; que, realizó aportes al ISS, 2 años; que, no fue coaccionado para suscribir el formulario de afiliación a la AFP, sin embargo, tampoco fue informado de las consecuencias que traería esa decisión para su futuro pensional; que, durante el tiempo que ha permanecido afiliado a PROTECCIÓN S.A., no ha recibido asesorías por parte de esa Administradora; que, no ha realizado ninguna solicitud de pensión ante la AFP; que, su deseo de trasladarse a COLPENSIONES, radica en que, al momento de efectuar la simulación de la pensión en PROTECCIÓN S.A., la mesada pensional sería baja y comparativamente menor a la que le hubiese correspondido en COLPENSIONES.

Por su parte, la representante legal de PROTECCIÓN S.A., manifestó que, dentro de las políticas de esa AFP, para afiliar personas naturales, previo a la firma del formulario de afiliación se les brinda una asesoría, que para el año 1994, se brindaba una información verbal y actualmente se hace de manera escrita; que, para 1994, los asesores, debían ser profesionales, con conocimientos en áreas administrativas, financieras y afines, se les daba una capacitación por 6 meses, debían superar unos exámenes y luego pasaban con su líder, para hacer las afiliaciones iniciales, tardando aproximadamente 1 año, en todo el proceso de preparación para brindar asesorías, trámite que también se cumple en la actualidad; que, además del formulario de vinculación, no existe otra prueba documental del momento de la afiliación del demandante, donde conste la información brindada a éste.

Pues bien, claro es que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha proferido senda jurisprudencia, relacionada con la ineficacia de los traslados de régimen pensional y el deber de sus Administradoras, de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que estos puedan tomar decisiones informadas, respecto al traslado entre uno y otro régimen.

No obstante lo anterior, y sin desconocer que tal deber de información debe ser brindado por las AFP, no sólo cuando una persona decide cambiarse de régimen, sino también cuando se vincula inicialmente al Sistema pensional, lo cierto es que, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar al aquí estudiado, determinó que, no es posible declarar la ineficacia de la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones de un trabajador, que se haya llevó a cabo a través del RAIS, pues, la consecuencia de ésta, no sería su ingreso al RPM, sino que, al devolver todo a su estado inicial, debería realizarse la devolución de aportes y la exclusión del afiliado del Sistema Pensional, lo que, en últimas terminaría perjudicándolo. Al respecto, en sentencia SL4211 del 23 de agosto de 2021, esa Corporación, indicó:

En ese orden, aunque sería procedente casar la decisión, la Sala encuentra que se llegaría a la misma conclusión en sede de instancia, por las siguientes razones:

El legislador dispuso en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que la vulneración al derecho de afiliación libre es la ineficacia, pues en concreto refirió que:

(...)

Por tanto, la consecuencia práctica de dicha declaratoria es que el acto correspondiente, en este caso el de afiliación inicial al sistema, nunca se celebró. Ello tiene soporte en lo dicho por la Sala Civil de esta Corporación, en proveído CSJ SC3201-2018, al sostener que:

[...] cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás (subrayado añadido).

Incluso, con apoyo en tal providencia, esta Sala instruyó en sentencia CSJ SL2946-2021 y en similar sentido en CSJ SL3051-2021, que:

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Entonces, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Y en recientemente pronunciamiento, a saber, CSJ SL3202-2021, que acotó lo expuesto en la decisión CSJ SL2877-2020, sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia de actos jurídicos, se adocrinó que:

(...) En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

(...)

Así las cosas, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los efectos de la ineficacia del acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha

calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que nunca se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.

(...)

Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.

No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia», razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema.

Lo previo no implica que, si el demandante considera que se lesionó su derecho, no pueda obtener la reparación, de conformidad con el artículo 2341 del CC. Sin embargo, como en el examine el objeto de la litis se centró frente a la ineficacia de la afiliación y no se reclamó el resarcimiento de los perjuicios, la Sala está imposibilitada para valorar de oficio la procedencia de alguna indemnización total por daños ocasionados...”

Teniendo en cuenta lo anterior, no resulta procedente declarar la ineficacia del acto inicial de afiliación del demandante, al Sistema General de Pensiones, como lo determinó la Juez de Primera Instancia, pues, se reitera, la consecuencia de dicha decisión, no es dejar libre al ciudadano para que se afilie al RPM, sino retrotraer en el tiempo no sólo su afiliación al Sistema, sino también su vinculación a una AFP, las restituciones mutuas y los posibles derechos pensionales que se hayan podido causar. En consecuencia, habrá de

REVOCARSE la sentencia apelada y consultada, para en su lugar absolver a las demandadas, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin COSTAS en ambas Instancias.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **FABIO JOSÉ SÁNCHEZ TORRES**, de acuerdo a las consideraciones antes señaladas.

SEGUNDO: Sin COSTAS en ambas Instancias.

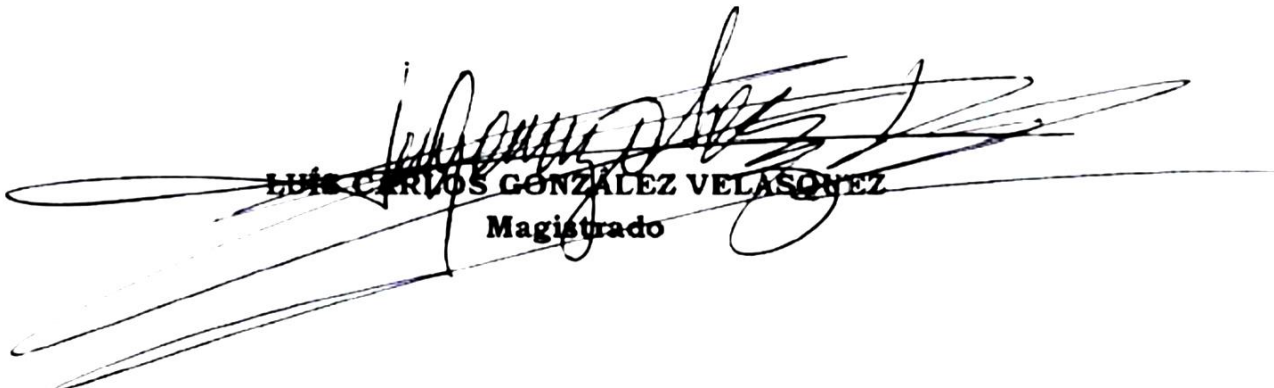
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105001201901266-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez Acuerdo 049 de 1990- Sumatoria tiempos públicos y privados.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2022, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ADRIANA JARAMILLO ARANGO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

ADRIANA JARAMILLO ARANGO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se declare y ordene la reliquidación de su pensión de vejez reconocida por esa Administradora, conforme a lo establecido por el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta un IBL de \$12,709,025 para el año 2012 y una tasa de reemplazo del 90%, ello desde el 10 de diciembre de 2015, junto con el pago de las diferencias pensionales dejadas de percibir desde la fecha de efectividad del derecho pensional, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 22 de abril de 1957, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda, contaba con 62 años de edad; que, efectuó cotizaciones en el sector público, privado y como independiente, en COLPENSIONES y otras Cajas de Previsión Social.

Indicó que, COLPENSIONES, mediante la Resolución GNR 124155 del 10 de abril de 2014, le reconoció la pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, contando con más de 1.531 semanas de cotización; no obstante, tenía derecho a la pensión prevista en la Ley 71 de 1988 o la propia del Acuerdo 049 de 1990, ambas con fecha de estatus 22 de abril de 2012, efectiva a partir del 01 de septiembre de 2012, con un IBL de \$12.679.713.

Manifestó que, el 10 de diciembre de 2018, solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, para que, se le incluyeran las semanas cotizadas en diferentes Cajas de Previsión Social, con la finalidad de lograr una tasa de reemplazo del 90%, de acuerdo a lo previsto en la sentencia SU-769 de 2014, petición a la que no accedió la demandada, quien mediante la resolución SUB-82181 del 03 de abril de 2019, argumentó que, según concepto BZ_2016_5123509 del 19 de mayo de 2016, la decisión de la Corte Constitucional, sólo se aplica al reconocimiento de pensiones con posterioridad al 16 de octubre de 2014.

Que, contra esa decisión interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación y, COLPENSIONES, según resolución SUB-189670 del 19 de julio de 2019, le reliquidó su prestación pensional, pero sin acceder al aumento de la tasa de reemplazo en un 90%, además le decretó la prescripción de las diferencias pensionales con anterioridad al 10 de diciembre de 2015; que, con resolución DPE 11567 del 18 de octubre de 2019, al desatar el recurso de apelación, confirmó la resolución SUB-82181 de 2019 (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a las pretensiones y aceptó todos los hechos de ésta. En su defensa argumentó que, para reliquidar la pensión de vejez concedida a conforme a lo establecido en el Decreto 758 de 1990, con la sumatoria de tiempos públicos y privados, en aplicación de lo dispuesto por la sentencia SU-769 de 2014, es necesario que el derecho pensional se cause o adquiera a partir del 16 de octubre de 2014 en adelante, pues, la decisión de la Corte Constitucional no tiene efectos retroactivos y que, como la demandante, en este caso, obtuvo el estatus de pensionada el 22 de abril de 2012, no es posible aumentar en un 90% su tasa de reemplazo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe (Archivo 01).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de junio de 2021, el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por COLPENSIONES, a quien también absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por la señora ADRIANA JARAMILLO ARANGO, condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, reconociendo que, aunque inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no admitía la sumatoria de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de vejez, en los términos del Decreto 758 de 1990, lo cierto es que, a partir del 01 de julio de 2020, con la expedición de la sentencia SL1947 (70918), ante un nuevo estudio del asunto se modificó el precedente jurisprudencial para establecer que este tipo de pensiones, aplicables por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas cotizadas al ISS y los tiempos en Entidades Públicas; criterio reiterado en la sentencia SL2557 del 8 de julio de 2020 (72425), donde se aclara que la nueva postura de esa Sala, incluye la reliquidación de la pensión, siendo entonces en la actualidad esa la línea jurisprudencial que debe aplicarse, razón por la que solicita revocar la decisión del *a quo*, para en su lugar acceder al reajuste pensional, la indexación o de resultar procedente los intereses moratorios, pues cuando COLPENSIONES manifestó su postura de no conciliación, ya estaba vigente el nuevo criterio de la Corte Suprema de Justicia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandante, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, resaltando que la decisión del Juez de Primer Grado, se alejó totalmente del nuevo precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que admite no sólo el reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, con la sumatoria de tiempos públicos y privados, sino también la reliquidación de esta prestación, cuando el régimen de dicho Acuerdo, sea más favorable para el pensionado; de ahí que debe revocarse la sentencia impugnada y accederse a las pretensiones de la demanda.

Por su parte **COLPENSIONES**, solicitó confirmar el fallo de Primera Instancia, insistiendo en que, la mesada pensional de la demandante se encuentra ajustada a derecho, dado que la señora ADRIANA JARAMILLO ARANGO, obtuvo el estatus jurídico de pensionada el día 22 de abril de 2012, es decir fecha anterior a la promulgación de la Sentencia SU – 769 del 16 de octubre de 2014, por lo que, no le son aplicables sus disposiciones ni resulta posible reconocer un 90% de tasa de reemplazo; además que, de acceder a lo solicitado por la actora, efectuadas las operaciones del caso, el valor arrojado es igual al que actualmente la asegurada viene percibiendo.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver los recursos de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la parte demandante, la Sala deberá determinar, si procede la reliquidación de la pensión de vejez reconocida a la actora, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con acumulación de los tiempos públicos y privados cotizados.

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE Y BENEFICIO DE TRANSICIÓN

No es materia de discusión que, al ser la demandante, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, con Resolución No. GNR 124155 del 10 de abril de 2014, COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Tampoco es materia de inconformidad, que la demandada, por Resolución SUB 189670 del 19 de julio de 2019, reajustó el valor de la mesada pensional en cuantía inicial de \$11.056.851, tomando para el efecto un IBL equivalente a \$12.709.025 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 87%, por haber acreditado un total de 1.214 semanas, negándose a aplicar el 90%, ya que, *“bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990 únicamente se tienen en cuenta las cotizaciones hechas exclusivamente al ISS hoy Colpensiones, por lo tanto, no se pueden tener en cuenta para aumentar la tasa de reemplazo los aportes de carácter público no cotizados al I.S.S. hoy Colpensiones”*; circunstancias que igualmente se corroboran con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda y con la documental que milita en los archivos 01 y 05 del expediente digital.

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Insiste la parte demandante, en la reliquidación de la pensión de vejez, reconocida a su favor, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para ello, la sumatoria de las semanas cotizadas al ISS y los tiempos laborados en Entidades Públicas, lo que arroja un total superior a 1.250 semanas, por lo que, se debe aplicar a su favor una tasa de reemplazo del 90%; máxime cuando la Sala de Casación Laboral, recogiendo su postura anterior, reconoce actualmente la posibilidad de tener en cuenta dichos tiempos, no sólo para el reconocimiento del derecho pensional, sino también para su reajuste.

Al respecto, es preciso señalar que, la Sala de Casación Laboral durante varios años, sostuvo que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente sufragadas a esa Entidad, a efectos de poder acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; sin embargo, dicha Sala cambió su criterio jurisprudencial y a partir de la sentencia CSJ SL1947 de 2020, estableció que en virtud del régimen de transición, es procedente la sumatoria de

tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, para el reconocimiento de las pensiones otorgadas conforme al Acuerdo 049 de 1990, esto por cuanto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 01 de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, respetando la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de remplazo; pero el computo de semanas se rige por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1 del artículo 33 y el parágrafo del citado artículo 36 de la mencionada Ley 100, que expresamente dispone la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Ahora bien, en cuanto a la reliquidación de la pensión de vejez, reconocida en virtud del régimen de transición, conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL2557-2020 reiterada, entre otras, en la CSJ SL2061-2021, determinó que también procede la sumatoria de tiempos para obtener su reajuste; en este sentido explicó que:

“Conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante”.

De otra parte, en la sentencia CSJ SL3484 de 2022, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó como una excepción a la reliquidación de la pensión de vejez, con la sumatoria de tiempos públicos y privados, cuando:

*“...la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que **no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.***

*De esta manera, **si se accede** inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, **porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial**, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida.*

De la misma manera, conviene advertir que diferente es la situación para las personas que inicialmente acceden a la prestación bajo la Ley 33 de 1985, pero cumplen los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, situación que suele coincidir en el caso de las mujeres porque en ambos regímenes la edad es de 55 años y, tratándose de hombres, cuando por cualquier circunstancia no se pensionan sino

*hasta los 60 años o con posterioridad, eventos en los cuales sí es viable la reliquidación en comento, **ya que no se han cancelado mesadas pensionales en períodos anteriores.***

En la misma línea, los pensionados que en virtud de la transición accedieron al derecho bajo la Ley 71 de 1988, también son destinatarios de la reliquidación de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues las edades tanto de las mujeres como de los hombres son idénticas en los dos regímenes, 55 años para ellas y 60 años en el caso de los hombres, razón por la cual, la reliquidación se hace posible por no haberse recibido mesadas pensionales anteriores a la fecha en que se ordena la reliquidación...” (Negrilla fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, y comoquiera que, a la demandante, en su condición de beneficiaria del régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le fue reconocida la pensión de vejez, a la luz de lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, considera la Sala, que, contrario a lo expuesto por el Juez de Primera Instancia, en el presente caso, sí resulta procedente la reliquidación solicitada, razón por la cual, habrá de revocarse la sentencia apelada, para en su lugar, proceder al reajuste de la prestación pensional de la actora, teniendo en cuenta para ello, los siguientes tiempos de servicio prestados a Entidades públicas, así:

1. E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO DEL QUINDÍO SAN JUAN DE DIOS, del 23 de agosto de 1976 al 31 de enero de 1979, esto es, 878 días, que corresponden a **125.42 semanas**.
2. INSTITUTO SECCIONAL DE SALUD DEL QUINDÍO, del 01 de febrero de 1979 al 20 de octubre de 1980, esto es, 379 días, equivalente a **54.14 semanas**.
3. MUNICIPIO DE ARMENIA, del 20 de abril de 1981 al 31 de mayo de 1982 y del 06 de septiembre de 1982 al 12 de septiembre de 1982, un total de 767 días y **109,57 semanas**.

Para un total de 289.13 semanas, menos 47 días de interrupciones, son 242.13 semanas, que sumadas a las 1.214 cotizadas al ISS, arroja un gran total de **1.456,13 semanas**, suficientes para que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, se aplique al IBL reconocido por COLPENSIONES, en la suma de \$12.709.025, una tasa de reemplazo del 90%, lo cual arroja una primera mesada pensional de \$11.438.122 a partir del 12 de septiembre de 2012, que se ordenará reliquidar a la demandada, con los ajustes legales y en 13 mesadas anuales.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Como consecuencia de la reliquidación deprecada, solicitó la demandante, condenar a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, petición a la que no se accederá, toda vez que dichos intereses no se causan respecto de diferencias pensionales, tal y como lo ha

sostenido reiteradamente, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL685-2017 y SL11427-2016, donde puntualizó:

“...no se está en presencia de mora en el pago de mesadas completas, sino de diferencias derivadas de la reliquidación de la prestación, la preceptiva del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable, lo cual se ha reiterado en sentencias de la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 30852, 27 jun. 2012, rad. 42785, y 6 mar. 2013, rad. 39028, entre muchas.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la reliquidación de la pensión de vejez que se otorga, lo es con fundamento en un cambio jurisprudencial, siendo esta una de las excepciones para la imposición de esta sanción. En su defecto, se dispondrá la indexación del mayor valor de cada una de las mesadas pensionales, conforme con la fórmula siguiente:

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

Donde:

VA= Valor actualizado
VH= Valor histórico correspondiente al mayor valor de cada mesada pensional
IPC Final= Índice de precios al consumidor del mes en que se efectuará el pago
IPC Inicial= Índice de precios al consumidor del mes de causación de cada diferencia pensional mensual

DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Finalmente, como la demandada COLPENSIONES, propuso la excepción de prescripción, en virtud de lo señalado por el artículo 488 del CST, en concordancia con el 151 del CPTSS, frente a la reliquidación de la pensión especial de vejez, el término de prescripción se interrumpió con la petición presentada por la demandante, el 10 de diciembre de 2018, la cual le fue negada por COLPENSIONES, a través de la resolución SUB 82181 del 03 de abril de 2019 y modificada al desatar recurso de reposición, con la resolución sub 189670, es decir que, las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 10 de diciembre de 2015, se encuentran prescritas.

AÑO	No. PAGOS	MESADA REAJUSTADA	MESADA RECONOCIDA	VALOR DIFERENCIAS	VALOR ANUAL
2012	5	\$ 11.438.122,00	\$ 11.056.851,00	\$ 381.271,00	PRESCRITO
2013	13	\$ 11.717.212,18	\$ 11.326.638,16	\$ 390.574,01	PRESCRITO
2014	13	\$ 11.944.526,09	\$11.546.374,94	\$ 398.151,15	PRESCRITO
2015	1	\$ 12.381.695,75	\$ 11.968.973,00	\$ 412.722,75	\$ 412.722,75
2016	13	\$ 13.219.936,55	\$ 12.779.272,00	\$ 440.664,55	\$ 5.728.639,15
2017	13	\$ 13.980.082,90	\$ 13.514.080,00	\$ 466.002,90	\$ 6.058.037,72
2018	13	\$ 14.551.868,29	\$ 14.066.806,00	\$ 485.062,29	\$ 6.305.809,80
2019	13	\$ 15.014.617,70	\$ 14.514.130,00	\$ 500.487,70	\$ 6.506.340,15

2020	13	\$ 15.585.173,18	\$ 15.065.666,94	\$ 519.506,24	\$ 6.753.581,08
2021	13	\$ 15.836.094,47	\$ 15.308.224,18	\$ 527.870,29	\$ 6.862.313,74
2022	13	\$ 16.726.082,97	\$ 16.168.546,38	\$ 557.536,60	\$ 7.247.975,77
2023	6	\$ 18.920.545,06	\$ 18.289.859,66	\$ 630.685,40	\$ 3.784.112,39
VALOR DEL RETROACTIVO PENSIONAL 30/06/2023					\$ 49.246.810,00

En consecuencia, se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción y se condenará a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a la señora ADRIANA JARAMILLO ARANGO, la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DIEZ PESOS M/CTE (\$49.246.810), desde el 10 de diciembre de 2016 hasta la fecha de la presente decisión, conforme a lo señalado por el inciso segundo del artículo 283 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS, sin perjuicio de las demás diferencias que se causen hasta la fecha de inclusión en nómina y que también deberán ser indexadas.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

Sin costas en esta Instancia. Se revocan las de Primer Grado, que serán a cargo de la demandada COLPENSIONES.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 24 de junio de 2022, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a reliquidar la pensión de vejez de **ADRIANA JARAMILLO ARANGO**, teniendo en cuenta como primera mesada pensional, la suma de ONCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CIENTO VEINTIDÓS PESOS M/CTE (\$11.438.122), a partir del 12 septiembre de 2012, con los ajustes legales y en 13 mesadas anuales, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción, de los reajustes pensionales causados con anterioridad al 10 de diciembre de 2015, de acuerdo a lo expuesto en las consideraciones de esta providencia

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar a la demandante **ADRIANA JARAMILLO ARANGO**, la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DIEZ PESOS M/CTE (\$49.246.810), correspondientes a las diferencias pensionales causadas del 10 de diciembre de 2016 al 30 de junio de 2023, debidamente indexadas al momento de su pago, sin perjuicio de las demás

diferencias que se causen hasta la fecha de inclusión en nómina y que también deberán ser indexadas a la fecha de pago, de conformidad con la fórmula descrita en la parte considerativa.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones a la demandada.

QUINTO: Sin **COSTAS** en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia que serán a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **11001-31-05-016-2015-00150-01**
Demandante: **RAUL IGNACIO TORO BARAJAS**
Demandado: **POLLO OLIMPICO S.A.**

En Bogotá D.C. a los **07 DIAS DEL MES DE JULIO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2020, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

RAUL IGNACIO TORO BARAJAS demandó a **POLLO OLIMPICO S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo, que el accidente sufrido el 22 de junio de 2012 (sic), es de carácter laboral, declarar la culpa del demandado en el accidente sufrido conforme a lo dispuesto en el artículo 216 del CST, que **MAIRA ALEJANDRA ALFONSO MORA**, en calidad de compañera permanente y en representación de su menor hijo tienen derecho a que se reconozca el pago de perjuicios inmateriales a cargo de la demandada, en consecuencia se condene en virtud de la culpa patronal, la indemnización plena de perjuicios de los daños sufridos en el accidente de trabajo, daño emergente, por concepto de gastos médicos y medicamentos, lucro cesante consolidado, lucro cesante

futuro, daños morales, daño a la vida de relación, daños fisiológicos sufridos por el demandante, daños morales y daño a la vida en relación sufridos por la compañera permanente y su menor hijo, se condene a ARL SURA al pago indemnización por pérdida capacidad laboral, indexación, se condene ultra y extra petita, y costas. En subsidio solicita en caso de que la calificación de pérdida de capacidad laboral sea mayor del 50% se condene ARL SURA a reconocer y pagar la pensión de invalidez.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que entre las partes se celebró contrato a término fijo el cual se ha venido prorrogando desde el 14 de junio de 2012, y la relación laboral continua vigente; el cargo para el cual fue contratado *auxiliar de planta*, cumpliendo horario de lunes a sábado de 8 p.m. a 6 a.m.; devengaba \$280.000 quincenalmente; jefe directo FELIPE que la demandada lo afilio ARL SURA; indicó como labores desarrolladas: *“Transportar las tinas que contienen las partes de pollo de un lugar a otro. Repelar carne de pollo. Colgar la carne de pollo. Helar la carne de pollo”*; afirmó que la demandada *“no le suministro los elementos de seguridad idóneos para el ejercicio de sus actividades laborales, tales como casco, guantes, gafas, botas antideslizantes, entre otros”*, asimismo *“NO suministro a mi representado las condiciones de seguridad necesarias para garantizar la integridad física, toda vez que el piso por donde debía trasladar las tinas de pollo se encontraba mojado elevando el riesgo, sin que se tomaran medidas de protección”*; que: *“El día 22 DE JUNIO DE 2012, siendo las 10:30 p.m., teniendo 22 años de edad, mi representado sufrió accidente de trabajo en ejercicio de labores propias de su cargo, el cual consistió en caída de costado sobre su mano izquierda al momento de resbalar por una rampa de mediana altura, provocando fractura de la muñeca”*, *“La caída se produjo al momento de trasladar una tina de pollo de un lugar a otro, contando con que en ese mismo momento el personal de aseo y sanidad de la empresa estaba lavando el piso de la planta, lo que aumento el riesgo de sufrir alguna caída, ya que el piso se encontraba mojado y con productos químicos dispuestos para quitar la grasa que se acumula como producto de los restos de pollo”*; que ha sido sometido a varias cirugías, le han otorgado incapacidades, y recomendaciones laborales; que hasta antes del accidente la demandada no había realizado estudios técnicos precisos para determinar la estabilidad de la superficie por donde se trasladan los productos y sus trabajadores ni de las condiciones mínimas de seguridad industrial; narra la terminación que efectuó la demanda y el resultado de la tutela interpuesta; y señala las personas con la cuales reside; igualmente expone que: *“La empresa demandada NO contaba con elementos de seguridad y el establecimiento de medidas protectoras para evitar accidentes de trabajo, como carga laboral impuesta por la ley al patrono, por lo que su incumplimiento comprobado determina la culpa*

de este y consecuentemente el nacimiento de la obligación de cubrir la indemnización plena” y que “La empresa demandada NO cumplió con las condiciones mínimas de seguridad dentro del establecimiento de comercio destinado a la producción, distribución y empaque de carne de pollo, por razón a que el accidente se produjo como consecuencia del mal estado del piso y la rampa de acceso a la planta, incrementado el riesgo de caída por encontrarse la base del piso y de la rampa con residuos de grasa animal”. (PDF 04Demanda y PDF 07Escrito De Subsanación).

La demanda fue repartida al **Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, autoridad judicial que inicialmente la inadmitió mediante providencia de 13 de agosto de 2020, y posteriormente mediante providencia 6 de noviembre 2020 la admitió, ordenó correr traslado a la parte demandada (PDF 10AutoAdmiteDemanda).

La demandada, en las contestación de la demanda se opuso a las pretensiones, expreso que celebró contrato a término fijo inferior a un año a partir del 15 de junio de 2012, por cuatro meses, el cual se prorrogó, por una vez y se dio por termino el 15 de febrero 2013, sin embargo como consecuencia de la tutela que ordenó su reintegro, concedido como mecanismos transitorio, el demandante tenía cuatro meses para demandar, y como no acudió a la jurisdicción ordinaria, el Juzgado superior revoco la tutela, generando que la terminación fuera legal, pero el demandante presentó renuncia el 28 de junio de 2015; que desempeño el cargo de operario de planta y no de auxiliar de planta; que los turnos eran de ocho horas con dos descansos de 30 minutos; que el accidente ocurrió el 21 de junio de 2012, luego de tres horas de iniciadas las labores; señaló

“... que mi representada siempre entrego al demandante la dotación requerida, dotación que comprende BOTAS, OVEROL, GORRO, TAPABOCAS, GUANTES y DELANTAL, tal y como se puede evidenciar en el acta de entrega de dotación la cual cuenta con la firma del señor Toro, lo que desvirtúa de manera palmaria la afirmación realizada por el demandante, con esta prueba demostramos la forma temeraria de la acción que está fundamentada en afirmaciones falsas. Directamente en lo que hace referencia a las botas antideslizantes que fueron entregadas al demandante, estas cuentan con todas las medidas y especificaciones de seguridad, son especiales para la labor que desarrollaba, esto de acuerdo con la ficha técnica suministrada por el proveedor de las mismas y de las cuales se le entrego en su momento un par de estas al señor TORO, por lo que no se puede entender cuál es la finalidad del demandante al afirmar que la empresa nunca le suministro los elementos de seguridad requeridos para el desarrollo de sus labores. Por lo que desde ahora se desvirtúa la obligación laboral pretendida en esta demanda.” Y que “Pues como se puede verificar en la fotografía que se adjunta como prueba, el área sobre la cual hace alusión el demandante cuenta con antideslizante, lo que muestra que el riesgo disminuye de manera ostensible en el desarrollo habitual de las labores. Es necesario anotar que dado el proceso que se

desarrolla en cada una de estas áreas y la planta de producción, como es el procesamiento de mercadeo en pie o canal de aves, resulta inevitable que esta no se encuentre húmeda, aun así, la función de las botas antideslizantes propende por evitar que los trabajadores vean morigerada la fricción existente entre el piso y las botas, adicional a esto, debemos resaltar que al momento de realizar la inducción al puesto de trabajo realizada a través del área de calidad, se le informa al trabajador la forma en la que debe desarrollar sus funciones para efectos de no afectar su salud, no afectar el producto y evitar el acaecimiento de accidentes de trabajo. Sin embargo, dentro de las continuas verificaciones realizadas por el INVIMA como órgano de control y la Secretaria de Salud, mi representada se encuentra certificada en todos y cada uno de los aspectos técnicos y de seguridad de sus trabajadores; lo que permite cumplir con la posición de garante a mi representada eliminando de esta manera el nexo causal que produce una responsabilidad patronal o laboral, siendo improcedente todas las pretensiones de la demanda”, y expuso otros hechos de su defensa en los cuales sostuvo “1. Entre el extrabajador y mi representada Pollo Olímpico S.A. se estableció una relación laboral la cual consistió en un contrato de trabajo a término fijo de cuatro (4) meses desde el 15 de junio de 2012. 2. El salario pactado entre el extrabajador y Pollo Olímpico S.A, se pactó como salario la suma de quinientos sesenta y seis mil setecientos pesos (\$ 566.700) los cuales correspondían al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente al momento en que inicio la relación laboral, más subsidio de transporte y todas las prestaciones de ley. 3. La entidad que represento al momento en el cual inicio la relación laboral, afilio al trabajador a la EPS FAMISANAR a la ARL SURA (Suramericana de Seguros) y la Caja de compensación familiar Colsubsidio, y al Fondo de Pensiones y cesantías Porvenir con lo que se demuestra una vez más que Pollo Olímpico cumplía con sus obligaciones como empleador de manera cabal. 4. La entidad que represento realizo la inducción inicial al puesto de trabajo al señor RAUL IGNACIO TORO BARAJAS. 5. La entidad que represento entrego todos los elementos de protección seguridad en el trabajo y dotación para el desarrollo de las labores del señor Raúl Ignacio Toro Barajas, así se puede evidenciar en el acta de entrega de dotaciones por medio de la cual le fueron suministrados al trabajador 1 par de botas antideslizantes, overol, gorro, tapabocas, guantes, y delantal. Lo anterior se evidencia en las actas de entrega de la dotación que recibió a conformidad el señor TORO BARAJAS y que de acuerdo con a las especificaciones técnicas de las botas suministradas para el desarrollo habitual de sus labores cuentan con un antideslizante que impide que a pesar del piso húmedo quien la usa pueda resbalar fácilmente. 6. El pasado 21 de junio del año 2012 a las 6 de la tarde se realizó la labor de aseo y desinfección tal y como consta en las actas de labores realizadas las cuales se adjuntan como pruebas al momento de dictar la sentencia que sean del caso. 7. El día 21 de junio de 2012 acudiendo a instrucciones del señor Luis Paiba el demandante sufrió un accidente de trabajo que fue reportado de manera inmediata vía telefónica a la ARL del trabajador. 8. La entidad que represento atendió de manera inmediata la contingencia sufrida por el señor Toro, dando cumplimiento a sus obligaciones como empleador.”

Propuso las excepciones de fondo Inexistencia de culpa del patrono y cumplimiento de toda la normatividad de salud ocupacional y seguridad industrial, culpa exclusiva de la víctima, inexistencia del daño, pago de todas las prestaciones económicas correspondientes, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, prescripción y la genérica. (PDF 18Contestación De Demanda).

En la audiencia del artículo 77 del CPTSS, se concilio con la ARL SURA, en el sentido que dicha sociedad le reconocerá los derechos que surjan de la calificación de

la pérdida de capacidad laboral, fijando términos para la realización del reconocimiento médico correspondiente, circunstancia por la cual, continuo el proceso con la demandada POLLO OLIMPICO S.A. por el riesgo subjetivo.

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 2 de marzo de 2020, resolvió:

*“... PRIMERO: DECLARAR que existió un Contrato de Trabajo a Termino Fijo entre el señor RAUL IGNACIO TORO BARAJAS en calidad de trabajador y POLLO OLIMPICO S.A., obrando como Empleador y que estuvo vigente desde el 15 de junio del año 2012 hasta el 28 de Julio del 2015, el cual culminó por renuncia del trabajador, declarándose así mismo que el accidente ocurrido el 21 de Junio de 2012, y que fue puesto de presente en esta demanda constituyó un Accidente de Trabajo
-SEGUNDO: ABSOLVER a la Demandada POLLO OLIMPICO S.A., de todas las demás Pretensiones de la presente Demanda por las razones expuestas.
-TERCERO: se ABSTIENE el Despacho e pronunciamiento frente a los medios exceptivos dado al resultado de la Litis.
-CUARTO: Se CONDENA en Costas a la parte Demandante, en relacion con la instancia, practiques la Liquidación por secretaria incluyendo el monto de TRESCIENTOS MIL PESOS M/TE (\$300,000) como valor de las AGENCIAS en DERECHO. ...”.*

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(...) Me permito interponer recurso de apelación en el efecto suspensivo para que sea resuelto ante el HTSB SL y procedo a sustentarlo de la siguiente forma.

Son varios los desaciertos que comete el sr juez en primera instancia al realizar afirmaciones que en realidad si se encuentran probadas dentro del proceso, el primer argumento del fallo contra el cual me opongo es que el señor juez dice que el accidente como tal no se tiene certeza que haya sido por culpa de la empleadora, toda vez que no hay ni un solo testigo nadie presenció el accidente no obstante eso me permito recordar y para que el HT tenga en cuenta es que el reporte del accidente de trabajo es claro al especificar que mi representado señor RAUL TORO en efecto sufrió una caída por resbalarse y cayó sobre su mano izquierda también el representante legal al momento de absolver interrogatorio de parte confiesa la ocurrencia de este accidente en idénticas situaciones a las reportadas en el accidente de trabajo, igualmente el testigo FELIPE TRUJILLO quien era el jefe directo del demandante no obstante no haber estado en el momento del accidente pues también dice que esa fue la forma en que le reportaron que ocurrió el siniestro y por eso mismo así quedo registrado en el formato de reporte de accidente de trabajo igualmente el señor JORGE PAIBA quien era el compañero con el que estaba mi defendido ese día, también dice que lo que pudo escuchar directamente de mi defendido tan pronto ocurrió el accidente fue que él se resbaló en el momento en que estaba transportando unas canastillas y tuvo que subir por una rampa, que existe allá en la planta.

En cuanto, también dice el señor juez de primera instancia que no se especificó en la demanda cual fue la falta de idoneidad de los elementos de protección, lo cual es totalmente falso, nótese que en los hechos de la demanda se aclara con bastante precisión que las botas no eran idóneas para un piso tan húmedo y resbaloso como el que presentaba la planta ese día, es decir, acá todo el tema de la litis precisamente deviene en probar si las botas eran o no eran

idóneas para la labor que se estaba ejecutando y en especial a quien le compete demostrar si esas botas si eran las adecuadas o no.

Al respecto me permito disentir de lo dicho por el juez de primera instancia cuando dice que esa carga de la prueba le competía a la parte que yo represento, por varios motivos, el primero de ellos es que cuando uno se cae sufre una fractura de mano como la sufrió mi defendido uno no va pensar en tomarle fotos a los zapatos sino que obviamente el dolor y su apremio es porque lo atienden rápidamente un médico en cambio la parte demandada por imposición misma de la ley tenía debió haber realizado la investigación del accidente de trabajo de acuerdo a lo establecido en la Resolución 1401 de 2007, toda vez que esa misma resolución dice que siempre que se presente una afectación severa de las manos y fractura de huesos que fue lo que acá ocurrió, de acuerdo al mismo reporte de accidente de trabajo y la misma historia clínica de mi defendido, sufrió una afectación de su mano izquierda y también se le fracturaron los huesos de su muñeca quiere decir eso que era deber de la demandada iniciar una investigación del accidente de trabajo en la que por obvias razones si se pudo en ese momento haber especificado si las botas que tenía puestas en ese momento eran o no idóneas para la labor pero como digo, eso de acuerdo a la carga dinámica de la prueba le correspondía a la demandada porque no es posible que mi defendido quien sufrió el accidente se hubiera puesto a tomarle fotos por demás pruebas a las botas que tenían en ese momento porque el dolor no lo dejaba y posteriormente fue incapacitado por mucho tiempo, luego entonces no tenía obviamente la facilidad para ponerse a realizar una investigación del accidente además que quien tenía ese deber era la parte demandada.

Otra parte que dice el señor juez de primera instancia dice que no se demostró el estado del riesgo de la planta lo cual también es totalmente falso y solicito a los HM que tengan en cuenta el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal, quien confiesa que el piso de la planta es resbaloso permanecía húmedo y siempre permanecía con grasa debido a que sacrifican pollos y los descuartizan y siempre va a estar grasa en el piso, entonces esta información también es confirmada por el señor FELIPE TRUJILLO quien fuera supervisor de mi defendido quien también manifiesta que la planta debido a que manejan bajas temperaturas siempre tiene siempre se encuentra húmedo el piso igualmente el testigo JHON JAIRO quien fuera citado por la parte demandante fue más allá y dijo que debido a que siempre la planta tenía el piso resbaloso porque estaba húmedo y con grasa se llegaron a presentar varios accidentes al respecto si bien este testigo dice que no conoció a mi representado sino hasta el año 2013, este testigo también aclara que ambos entraron a laborar en la misma fecha, es decir que así no se hubieran conocido, de todas maneras el testigo si pudo observar de manera directa cuáles son las condiciones de la planta, en tal sentido el riesgo el estado de riesgo de la planta si se demostró con las confesiones y los testimonios y se tiene que el piso siempre estaba húmedo siempre esta resbaloso siempre existía un estado de riesgo y ese estado de riesgo de acuerdo al reporte del accidente de trabajo, mi representado se resbaló en un piso que estaba húmedo y con grasa, por tal motivo el accidente es culpa directa de la empresa Pollo Olímpico.

También se dice en la sentencia que el demandante tenía que demostrar que las botas estaban desgastadas pues reitero una vez más que eso es una carga de la prueba que no se le podía exigir a mi defendido pues él no tenía materialmente como realizar una investigación del accidente de trabajo pues estaba incapacitado después del accidente él no tenía como mirar en ese momento que el sufrió el accidente no se iba a poner a tomarle fotos a sus zapatos y eso era una carga de la prueba de la parte demandada de Pollo Olímpico, que tenía que ser realizada al momento de hacer la investigación del accidente de trabajo de acuerdo a la obligación legal que tenía pero fue una obligación que omitieron que no cumplieron motivo por el cual insisto que ellos no pueden beneficiarse de una omisión, de un deber legal que ellos tenían ellos no hicieron la investigación del accidente de trabajo no está en el proceso, entonces ellos no se pueden venir a beneficiar en este momento en un fallo absolutorio cuando ellos mismos eran los que tenían toda la facilidad de haber demostrado que en efecto las botas eran o no idóneas para el labor que se estaba realizando

Dice el señor juez de primera instancia, que no se demostraron cuáles eran las medidas de seguridad que se violaron pero claro que si se demostró, reitero, tanto en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal como con los demás testimonios se especificó muy claramente que el piso de la planta siempre era resbaloso y más teniendo en cuenta que también se aceptó que el accidente ocurrió en una rampa si estamos hablando de una superficie

inclinada y se encuentra mojada es importante tener en cuenta que ni siquiera unas botas son suficiente garantía para evitar un deslizamiento como el que aquí ocurrió la empresa tenía en su poder utilizar muchos químicos, muchas formas para evitar que ese piso estuviera resbaloso y poner así en riesgo la salud de sus trabajadores, téngase en cuenta en esta parte también que el testigo señor de apellido Paiba que fue tachado por sospecha el también aclara que si bien él estaba en una parte poniéndole unos plásticos unas bolsas a unas canastillas y que puede que en esa parte hubiera estado seco el piso, pero es que el también ese señor Paiba aclara que mi representando tenía que desplazarse hasta otra parte de la fábrica a traer esas canastillas y esa parte de la fábrica el señor Paiba en ningún momento afirma que esa parte haya estado seca entonces, esa manifestación que hizo el señor Paiba de la sequedad del piso únicamente es válida para el sitio donde él estaba que era bien lejos donde ocurrió el accidente de acuerdo a lo que dijo el mismo testigo, entonces no se puede tomar esa declaración para llegar a desmentir de que el piso en efecto el piso estaba mojado, situación que repito tanto el testigo Felipe como el representante legal como el señor Jhon Jairo siempre manifestaron que el piso de la fábrica siempre estaba húmeda y grasoso y esa fue la causa por la cual se resbaló mi defendido.

El juzgado hace la siguiente afirmación, que no puede decir que no se entregó la dotación o que se entregó mal, en realidad acá está imponiendo reiteradamente la parte que represento una carga probatoria que no le corresponde que no tiene como satisfacerla porque reitero la investigación del accidente del trabajo la tuvo que haber hecho fue Pollo Olímpico no mi representado mi representado no tenía como demostrar tiempo después, después de que pasaron tantos años y pudo reintegrarse a laborar que en efecto sus botas estaban dañadas porque ya ni siquiera las tenía en su poder eso era una carga de la prueba que le correspondía a Pollo Olímpico.

En cuanto dicen los testigos Paiba y el señor Felipe que en sus casos concreto siempre se les entregaba las dotaciones, al respecto me permito reiterar nuevamente que ellos solamente hablan de su caso personal, el señor Paiba que estaba junto al demandante el día que ocurrió el accidente en ningún momento llegó a manifestar que el sí pudo verle la suela de las botas que estaba utilizando mi defendido, entonces ese testigo no puede desvirtuar o no puede mejor dicho dar fe que en realidad las botas que utilizaba el señor Toro eran adecuadas para la labor que estaba ejerciendo y reitero una vez más el veneno con el cual fueron interrogados esos testigos, el señor Paiba y el señor Felipe pues al momento de preguntarse si la planta tenía señalización si la planta tenía sueldo antideslizante en algunas partes ellos dijeron que si pero la pregunta se les hizo en tiempo presente para el momento en que se realizó la audiencia inmediatamente anterior, ellos en ningún momento se refirieron a las condiciones que tenía la planta en el año 2012, cuando ocurrió el accidente

De igual manera quiero poner de presente y por eso quiero que el HT tenga en cuenta la tacha de sospecha que se hizo sobre esos testigos que ambos dicen pero de manera genérica que la empresa supuestamente si capacito en riesgos laborales a mi representado pero entonces si eso fuera cierto porque no allegaron ningún tipo de firma ningún tipo de formato donde demuestren que en efecto mi representado recibió capacitaciones para trabajar en un ambiente tan peligroso ya que obviamente un piso resbaloso. resulta peligroso para todo el mundo no hay ni una sola prueba documental que demuestre eso.

Segundo el accidente de trabajo ocurrió y no hay ninguna acta en la que se evidencie que el Copaso el Copass de la empresa Pollo Olímpico haya tenido una sola reunión sobre dicho accidente es decir omitieron por completo poder establecer a que se debió ese accidente y reitero eso era carga de la prueba de Pollo Olímpico acá la carga de la prueba que nos competía a nosotros era demostrar que un accidente ocurrió como en efecto se demuestra y que el accidente ocurrió porque mi defendido se resbalo y cayó sobre su mano izquierda y eso está demostrado en el presente proceso, motivo por el cual el ambiente de trabajo era riesgoso porque estamos hablando de un piso resbaloso y mi defendido se cayó precisamente porque el piso estaba resbaloso la carga de la prueba de la demandada era demostrar que las botas si eran idóneas pero en este momento reitero no existe ninguna prueba que haya dicho que esas botas si eran idóneas para la labor y pongo de presente nuevamente que ese formato de recepción de dotación que firmo mi representado en ningún momento habla sobre la calidad de las botas ni sobre su idoneidad y si bien la demandada a folio siguiente allega una ficha técnica de unas botas no hay ninguna manera de vincular esa ficha técnica de esas botas con las que

le fueron entregadas a mi defendido por tal motivo al haberse resbalado mi defendido y no contar con pruebas suficientes que las botas hayan sido idóneas para la labor es más que claro que la carga de la prueba tiene que ser de Pollo Olímpico en tal sentido y se debe proceder a realizar las condenas pertinentes, declarando que en efecto ese accidente si ocurrió debido a la falta de previsión de Pollo Olímpico en la seguridad de esos trabajadores...”

El Juez de conocimiento concedió el recurso de apelación interpuesto. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA, el 11 de marzo 2020 (PDF 01ActaDeReparto Cuaderno Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación; y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente. (PDF 06ActaReparto Cuaderno Segunda Instancia).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada, presentó alegaciones en segunda instancia en los siguientes términos:

“... Su honorable señoría sea lo primero indicar que nos ratificamos en los hechos de la contestación de la demanda y de manera directa nos oponemos a cada una de las pretensiones solicitadas por el demandante, de igual forma solicitamos al despacho confirmar la sentencia de primera instancia, lo anterior cuando podemos evidenciar que cada una de las pruebas aportadas al proceso ingresaron de forma limpia, sin tacha alguna y el representante legal de la empresa POLLO OLIMPICO realizó una explicación clara, precisa, sin contradicciones y sin asomo de duda que se cumplieron cada uno de los deberes como empleador garantizando al demandante todos sus derechos laborales.

Por otro lado, es viable indicar que el demandante RAUL IGNACIO TORO y mí prohijada, prorrogaron en una oportunidad el contrato laboral, lo anterior debido a que el mencionado contrato se celebró como un contrato a término fijo inferior a un año a partir del día 15 de junio de 2012, por un periodo de cuatro meses, el cual se prorrogó por una sola vez y que se dio por terminado el 15 de febrero de 2013.

Sin embargo, el ahora demandante acudió ante el Juez Constitucional por intermedio del Juez Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, quien resolvió tutelar los derechos al trabajo y la estabilidad laboral reforzada del señor Toro Barjas, al ordenar “reintegrar al accionante (...) sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación o a uno de igual o superior categoría que se adecue a su estado de salud y entendiendo las recomendaciones de la ARL SURA. (...)

Se debe anotar que el mencionado reintegro fue concedido como mecanismo transitorio a un perjuicio irremediable del accionante, que conforme con el numeral tercero de la mencionada providencia dispuso que TORO BARAJAS, debía acudir a la justicia ordinaria dentro de los cuatro (4) meses siguientes para dar una solución definitiva y de no hacerlo la providencia dictada quedaría sin efectos tal y como aconteció.

Así las cosas, como quiera que el demandante NO ACUDIÓ ante la jurisdicción laboral para dirimir de manera definitiva el conflicto suscitado, El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito mediante fallo proferido el 26 de Julio de 2013, REVOCÓ la sentencia inicialmente pronunciada, ante la impugnación presentada por la demandada y la no asistencia del accionante ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Resaltamos que mi representada siempre entregó al demandante la dotación requerida, dotación que comprende BOTAS, OVEROL, GORRO, TAPABOCAS, GUANTES y DELANTAL, tal y como se puede evidenciar en el acta de entrega de dotación la cual cuenta con la firma del señor Toro, lo que desvirtúa de manera palmaria la afirmación realizada por el demandante, prueba aportada en la etapa procesal correspondiente y que ingreso sin cuestionamiento alguno, lo cual evidentemente para el caso en concreto destruye la culpa patronal invocada por el demandante.

En lo que hace referencia a las botas antideslizantes que fueron entregadas al demandante, éstas cuentan con todas las medidas y especificaciones de seguridad, son especiales para la labor que desarrollaba, esto de acuerdo con la ficha técnica suministrada por el proveedor de las mismas y de las cuales se le entrego en su momento un par de estas al señor TORO, por lo que no se puede entender cuál es la finalidad del demandante al afirmar que la empresa nunca le suministro los elementos de seguridad requeridos para el desarrollo de sus labores.

De igual forma, del material fotográfico que se adjunta como prueba, el área sobre la cual hace alusión el demandante cuenta con antideslizante, lo que muestra que el riesgo disminuye de manera ostensible en el desarrollo habitual de las labores.

Es necesario anotar que dado el proceso que se desarrolla en cada una de estas áreas y la planta de producción, como es el procesamiento de mercadeo en pie o canal de aves, resulta inevitable que esta no se encuentre húmeda, aun así, la función de las botas antideslizantes propende por evitar que los trabajadores vean morigerada la fricción existente entre el piso y las botas, adicional a esto, debemos resaltar que al momento de realizar la inducción al puesto de trabajo realizada a través del área de calidad, se le informa al trabajador la forma en la que debe desarrollar sus funciones para efectos de no afectar su salud, no afectar el producto y evitar el acaecimiento de accidentes de trabajo. Sin embargo, dentro de las continuas verificaciones realizadas por el INVIMA como órgano de control y la Secretaría de Salud mi representada se encuentra certificada en todos y cada uno de los aspectos técnicos y de seguridad de sus trabajadores

En relación con el accidente fue reportado de manera telefónica a la compañía de seguros Suramericana (ARL SURA) el día 21 de julio de 2012, con diligenciamiento electrónico del FURAT el día 26 de julio de 2012, tal y como se evidencia como prueba en el reporte que se adjunta dentro de las documentales, situación que permite dilucidar la forma como la empresa siempre cumplió con todos sus deberes legales, a tal punto que mi representada cumplió con la obligación de reubicar al ahora demandante.

Así mismo mi representada tuvo en cuenta las indicaciones dadas por los tratantes del señor TORO, pues de acuerdo con las indicaciones médicas suministradas por la entidad en el caso concreto SURA ARP hoy ARL, señala dentro de las recomendaciones lo siguiente:

“Permitir la manipulación de cargas hasta de 5kg con miembro superior derecho, 10 kilos de manera bimanual con la finalidad de mantener y mejorar la fuerza muscular en la extremidad afectada, para cargas mayores debe utilizar ayudas mecánicas o aplicar técnicas de trabajo en equipo” (...)

Se debe aclarar que las recomendaciones emitidas tienen una vigencia de 45 días las cuales fueron emitidas el día 08 de octubre de 2012 a partir de las cuales el trabajador dejó de notificar de las recomendaciones que le haya dado el médico tratante.

Recordamos al despacho que la terminación del contrato laboral se realizó por la renuncia del señor TORO BARAJAS, el pasado 28 de julio de 2015; no por terminación del empleador, lo que hace improcedente que se declare que dicha relación se encuentra vigente, pues como está demostrado en el plenario el demandante presento su renuncia de forma libre, espontánea y voluntaria, sin estar frente a ningún vicio del consentimiento.

Un aspecto adicional, radica en la mala fe del demandante cuando pretende el reconocimiento de un evento que no aconteció, toda vez que el accidente no ocurrió el día 22 de junio de 2012, tal y como lo señala el demandante, lo que hace improcedente decretar consecuencias económicas sobre un accidente que no ocurrió ese día.

Es pertinente señalar que el Sistema General de Seguridad Social Integral está estructurado de modo tal que las contingencias propias de la relación laboral son asumidas por la ARL y las contingencias propias de las enfermedades de origen común son asumidas por la EPS. Adicional a esto, es preciso recalcar que la ARL en ningún momento ha indicado que las condiciones laborales de los trabajadores de dicha área sean inseguras o representen un riesgo para la integridad de los trabajadores, por ende, estamos en presencia de una culpa exclusiva de la víctima como causal excluyente de responsabilidad.

POR ÚLTIMO SU SEÑORÍA, LO MÁS IMPORTANTE A RESALTAR ES LA INEXISTENCIA DE DAÑO ALGUNO, DEBIDO A QUE ACTUANDO CON PLENA LEALTAD PROCESAL LA EMPRESA QUE REPRESENTÓ APORTÓ AL PROCESO LA CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL REALIZADA POR LA ARL AL DEMANDANTE ARROJANDO COMO RESULTADO EL VALOR DE 0%, ES DECIR QUE NO EXISTE NINGÚN DAÑO PRODUCTO DE EVENTO LABORAL ALGUNO, DEJANDO SIN PISO JURÍDICO LA TEORÍA DE CULPA PATRONAL Y SOBRE TODO LA PRESUNTA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, ESTE MEDIANTE MEMORIAL DEL 14 DE JULIO DE 2017. (PDF 05AlegatosDemandado Cuaderno segunda instancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Es de anotar que no se presenta discusión en la prestación de servicios del demandante a la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo, a partir del 15 de junio de 2012 y terminado, después de reintegro ordenado por tutela y revocada en segunda instancia, por el demandante de manera unilateral a partir del 28 de julio del 2015, asimismo que ocurrió accidente de trabajo el 21 de junio de 2012, aspectos declarados por el a quo, y que la parte recurrente no controvierte.

Además, se corroboran con lo expuesto en la contestación de la demanda (PDF 18ContestaciónDemanda), con el contrato de trabajo, cartas de renuncia suscrita por el demandante de 24 de julio 2015, y de aceptación de la demanda de 24 de julio de 2015, liquidación del contrato de trabajo, certificación expedida por la demandada con fecha 5 de agosto de 2015 e informe accidente de trabajo (PDF 17AnexoDeLaContestación folios 1-2, 96, 98, 99- 100, 103, y 80-83 respectivamente),

Así las cosas, con base en lo antes señalado y lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación, la controversia en esta instancia resulta de determinar, si quedo debidamente acreditado que el accidente de trabajo se produjo por culpa suficientemente comprobada del empleador para dar lugar al pago de las indemnizaciones reclamadas.

Consideró el a quo sobre el tema de la responsabilidad en la ocurrencia del accidente de trabajo que:

“... sobre esto tenemos, existe declaración testimonio el señor JOHN JAIRO AREVALO, quien dice fue supervisor de la compañía demandada, afirmo que conoció al demandante alrededor de diciembre de 2013, es decir meses después varios meses después de la ocurrencia del accidente, dice que conoce el suceso, por cuanto así se lo comunicaron los demás compañeros de trabajo, indico que no conocía las funciones para las cuales se contrató al demandante ya que en virtud del reintegro ordenado en la sentencia proferida en la acción de tutela, cuando reubicación al demandante en la dependencia de repele de pollo, en donde efectivamente lo conoció, respecto de la dotación suministraba por la empresa afirmo, que la misma era entregada a todos los trabajadores sin embargo dice que a él al testigo en calidad de supervisor se la dieron en mal estado toda vez que el overol se encontraba roto y la botas de trabajo desgastadas, no obstante afirma no conocer el estado de la dotación entregada al demandante por cuanto como lo indico él lo conoció con posterioridad al 21 de junio de 2012, también se encuentra el testimonio de FELIPE TRUJILLO HOYOS, decretado a favor de la demandada, y supervisor del demandante para la época de los hechos, quien manifestó que no estuvo presente en la caída del demandante, conociendo de los hechos al llegar una hora después de lo sucedido ya que lo estaban esperando para proceder a reportar el accidente a la ARL, respeto de la dotación de elementos indico que a todos los trabajadores siempre se les provee de una botas de caucho, guantes, overol y gorro, afirmó que al demandante se le capacito en seguridad en el trabajo ya que él en calidad de supervisor era quien dirigía las capacitaciones y que así mismo al demandante se le dio la inducción por parte del comité de seguridad de la planta, y que la dotación se le entrego nueva incluyendo botas antideslizantes, de otra lado se recepcionó el testimonio de LUIS JORGE PAIBA MALAVER también de la demandada, indico ser auxiliar de planta desde el 15 de septiembre del 95 hasta la actualidad, que el demandante para la época de los hechos era auxiliar, era su auxiliar teniendo como función transportarle tinas vacías para incorporar con posterioridad el pollo, afirma que no vio el accidente de trabajo ocurrido pero que el demandante le aviso para que llamaran al jefe de la planta, sabe que al momento del suceso el demandante tenía la dotación puesta por cuanto así lo vio al momento en el que el señor RAUL TORO BARAJAS salió de la planta donde se cayó en búsqueda de su ayuda, afirma que la dotación brindada por la empresa demandada comprendía botas, tapaboca, guantes y overol los cuales eran entregados en buen estado ya que las mismas eran nuevas, se las cambiaban cada tres meses, indico que todos los trabajadores recibieron capacitación en el trabajo y que la planta se encuentra señalizada por ultimo manifestó que el lugar del accidente no es húmedo, ya que el mismo debe estar limpio para colocarle las bolsas a las tinas de pollo. Qué se debe tener en cuenta sobre la declaración de estos testimonios, no obstante que los dos últimos haber sido tachados de sospechosos ...Y ... no pueden dejar de valorarse por el juzgado y de manera conjunta ya que no existe probanzas distintas a nivel testimonial, en el caso de la parte actora únicamente el testigo JHON JAIRO AREVALO que como se ha mencionado conoció mucho tiempo después del accidente al señor demandante y en cuento a los otros funcionarios que si bien lo son de la demandada o lo eran para el momento que rindieron la declaración y así lo dijeron no puede descartarse sus dichos o dejar de valorarlos por cuanto ellos laboraban prestaban los roles que ya se manifestó en la época de ocurrencia de los hechos, eran funcionario de la demandada. Bien en punto entonces de estas pruebas de testimonios, así como también de lo que tiene que ver con los interrogatorios que fueron surtidos por las partes, y la documental que fue aportada en la que fundamentalmente trata a acerca tanto del contrato de trabajo como de la historia clínica, es decir los tratamientos, y

seguimientos médicos que se han relacionado con las patologías del demandante generadas en el accidente de trabajo, analizados a la luz de la sana crítica debemos decir lo siguiente; como es sabido y como ya quedo planteado esa responsabilidad subjetiva del empleador esa culpa deber estar suficientemente comprobada y también la relación de causalidad que existe entre la culpa del empleador y la generación del daño correspondiente, porque no se está frente al evento de la responsabilidad objetiva, y como se señaló en la jurisprudencia antes citada no basta la sola afirmación del trabajador de que se incumplió el deber de protección del empleador el deber de cuidado y que se vulnero entonces las exigencias de previsión frente a elemento de trabajo frente a la disposición del sitio labor etc. sino que estén debidamente demostradas ,pues bien de todo ese análisis el juzgado debe concluir que no se demostró suficientemente la culpa o no se demostró la culpa del empleador es decir, que si bien se probó el accidente de trabajo y que de ello emanan por supuesto las responsabilidades objetivas de que cumplen en primer lugar al sistema de seguridad social de riegos laborales a través de la ARL o en su defecto el propio empleador en caso de que no tuviese la afiliación hecha al trabajador, y que respecto del mismo en este proceso pues se desvinculo a la ARL por la conciliación a que llegaron a las partes y que este asunto relativo a la calificación de la perdida de la capacidad laboral y de las posibles consecuencias o prestaciones que deriven de ese sistema de responsabilidad objetiva pues no es el objeto de análisis en este proceso es por las razones que el juzgado encuentra que esa culpa no está suficientemente demostrada o más bien no está demostrada por la calidad se reitera de este régimen de culpa que es de culpa probada diferente, bien por ejemplo lo que tiene que ver con los testigos, se reitera que ninguno de los mismos estaban presentes al momento de la caída del demandante, asimismo el único testigo decretado a favor del actor fue claro en indicar que no conocía al demandante para la fecha del suceso ocurrido el 21 de junio de 2012, de ahí que no se puede inferir que con esta única prueba aportada a este nivel testimonial se pueda tener por sentada que la caída sufrida por el actor obedeció a la culpa o negligencia del empleador toda vez que no existe prueba suficiente con la cual se le pueda indilgar el incumplimiento de las obligaciones patronales en cuanto proporcionar las medidas de protección y seguridad tendientes a minimizar los riesgos laborales aún más cuando los demás testigos que fueron decretados a favor de la parte demandada, pues sobre el particular fueron concordantes sobre la dotación de los elemento de seguridad los cuales debían ser portados en todo momento en las áreas de la entidad, se suma a lo anterior el demandante en los hechos indica que la demandada POLLO OLIMPICO S.A. no le suministro los elementos de seguridad idóneos para el ejercicio de su actividad tales como casco, guantes, gafas, botas antideslizante, sin embargo no se indica con precisión que se hace alusión con el ámbito del riesgo sobre la idoneidad de dichos elementos estando de su cargo manifestar y demostrar los elementos necesarios de protección para el ‘desarrolló de sus actividades como auxiliar de planta tendientes a minimizar los accidentes y demostrar como la demandada no actuó en forma diligente en la prevención del accidente; asimismo demostrar el estado de riesgo en el que se encontraban las instalaciones de la planta en la cual ocurrió el accidente o el mal estado de los elementos de protección a lo que hizo referencia lo cual tampoco efectuó, ya que se básicamente se limitó a manifestar que la misma, decir, que la zona de trabajo se encontraba humedad y las botas antideslizantes estaban gastadas omitiendo la probanza sobre esas afirmaciones, refiriéndonos al momento de los hechos claro está de esa ocurrencia el señor demandante entonces sobre la carga de la prueba en relación con la demostración la culpa no la cumplió, ya que se reitera no es suficiente la afirmación de que POLLO OLIMPICO SA incumplió demostrar sus obligaciones laborales sino que le correspondía demostrar dicha circunstancia y que la misma originó que fue la causa eficiente del accidente de trabajo ocurrido el 21 de junio de 2012, nótese para apuntalar estas conclusiones que en particular y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a la que se hizo alusión dado que no se está frente al plano de la responsabilidad objetiva, es necesario primero indicar y relatar las especies de la culpa en que se ha incurrido por el trabajador, señalar y precisar el entorno y el ámbito del riesgo y la debida prueba de que se incurrió en tales omisiones o negligencias es decir en este asunto se echa de menos precisamente lo que tiene que ver con la probanza sobre los elementos requeridos propiamente dichos para la labor del actor cómo y de qué calidad y la descripción de los mismos que técnicamente eran los requeridos para la labor precisa que desarrollaba el ámbito de labor donde se hacia las tareas, la planta, el piso, la maquinaria, los elementos de trabajo etc., como conforme al propio ámbito del riesgo y de la labores precisas del puesto del trabajo debían estar dispuestos consolidados, que medidas que disposiciones debían estar cumplidas, ese ámbito del riesgo no lo encuentra el juzgado probado y tampoco entonces sobre el nexo causal es decir, cuáles de los elementos de las circunstancias propias de ese ámbito del riesgo fueron las que precisamente no se

cumplieron porque se reitera no basta con la alegación genérica de que no se cumplió con el deber de seguridad, sino que se debe demostrar cómo y de qué forma es que no se cumplió con esa perceptiva para el caso concreto del tipo de accidente que ocurrió y del puesto concreto labor y funciones desempeñadas, esto porque el nexo causal también que se echa de menos su probanza en este caso; es decir, que la causa directa y eficiente como lo menciona la jurisprudencia hubiese sido ese desconocimiento de las normas de protección y cuidado y no otra causa, porque como también como lo relata la fuente de derecho mencionada no basta que haya un resultado de un accidente de trabajo que tenga esa connotación porque es decir porque no solo por el hecho que este probado el hecho o la situación fáctica del accidente no por eso quiere decir que sea indemnizable todo aquel respecto del cual no este demostrada esa relación de causalidad directa con la negligencia o la imprudencia del empleador, entonces ya sobre los aspectos en concreto de la dotación no puede afirmar el juzgado que no se haya entregado que hayan probanzas precisas que no se entregó la dotación correspondiente al trabajador o sobre la precaria situación o deficiente situación de esos elementos por ejemplo refiriéndonos a las botas pues las mismas partes en sus interrogatorios, incluso el testigo que si trabajaba en el momento de la ocurrencia de los hechos básicamente en lo que se refiere al señor JOHN JAIRO AREVALO, pues dio cuenta que de las dotaciones si eran entregadas y que el refiere a su caso concreto, y teniendo en cuenta que conoció al demandante varios meses después de ocurrido el hecho, en lo que se refiere a que las dotaciones no eran buena no eran de la calidad suficiente botas gastadas hablando de su caso pero no nos relata para la época del suceso del accidente como era esta elemento las botas que el actor estaba usando, porque si hay referencia que las tenía si las tenía esos elementos como el testigo LUIS JORGE PAIBA lo manifestó cuando el recibió la queja del accidente el auxilio que pidió el demandante para que se le diera atención y se hiciera el reporte a la ARL manifestando que estaba usando precisamente estos elementos, pero pues frente a su estado, pero a lo demás en lo que se refiere al tipo de elemento también que en ese caso serían las botas, tampoco hay una probanza clara sobre eso más allá de las apreciaciones que se hace por la parte actora que pues debían ser antideslizantes y así también lo reconoció la demandada pero no hay una particularidad sobre ese tipo de elemento a usar dadas las circunstancias de trabajo y que la ausencia precisamente de ese elemento con ciertas particulares de las cuales no hay probanza fue la causa eficiente del accidente, desde ese punto de vista hay que mencionar que también la documental abundante que se trae en el proceso tiene que ver más que todo con la atención medica la historia clínica los procedimientos surtidos al actor que dan cuenta pues de las dolencias derivadas de este accidente pero no de la culpa de empleador que es el elemento esencial de la responsabilidad del mismo para que de allí pueden derivar las condenas a perjuicios, sin que este probado este elemento la culpa suficientemente comprobada del empleador y su nexo de causalidad con el daño ocurrido pues no es posible la condena a ninguna especie de daño a los que se están pidiendo ni perjuicios materiales ...u otro tipo de perjuicio los inmateriales ...sobre los cuales además haya que decir que el daño emergente tampoco encuentra probanza en este proceso...”

Sobre el aspecto a dilucidar, la **culpa suficiente comprobada de empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo**; debe recordarse que frente a éstos -los accidentes de trabajo- surgen dos clases de responsabilidades, la del sistema general de riesgos profesionales, denominada responsabilidad objetiva, que en caso de afiliación a la seguridad social, es ésta la que responde por las contingencias que se presenten en el ejercicio laboral; y la otra, que surge del accidente de trabajo que se edifica en la culpa del empleador, denominada responsabilidad subjetiva, quien tiene la obligación de indemnizar de acuerdo con la magnitud del daño que se produce al trabajador o a sus beneficiarios.

Entonces, con apoyo en el artículo 216 del C.S.T. y en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es dable decir, que cuando se trata de la

segunda de las responsabilidades, es deber del trabajador o de sus causahabientes, demostrar que los hechos que determinaron el daño se produjeron por culpa del empleador, para obtener la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias; es decir, su imposición amerita no solo la demostración del daño originado en una actividad laboral, sino que el mismo fue como consecuencia de la negligencia del empleador en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores, al tenor de los artículos 56, 57 y 348 del CST, consistentes, primordialmente, en poner a disposición de todos sus trabajadores “...instrumentos adecuados...” y procurarles “...locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud...”, así como en “...suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud...” e, incluso, adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de sus vidas y su estado de salud; en atención al régimen subjetivo que guía este tipo de responsabilidad.

En cuanto al concepto de culpa, según la jurisprudencia y la doctrina, han expresado que es aquella falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en la realización de sus negocios propios. También se entiende por culpa, aquella acción del agente que habiendo podido ser prevista, no lo fue, y que causa un daño; o aquella en que el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o en la que los previó, pero confió imprudentemente en poder evitarlos. En consecuencia, se caracteriza la culpa por la posibilidad y la previsión, de suerte que se descarta su presencia cuando exista irresistibilidad e imprevisibilidad.

En estos eventos corresponde al empleador, si desea liberarse de la responsabilidad, acreditar que su conducta estuvo acompañada de la diligencia, prudencia y del cuidado necesario, los que de antaño se asemejaban al actuar de un buen padre de familia y que hogaño adecuándolo al caso *sub-lite* se asimila al cumplimiento de las normas y reglas de higiene y seguridad industrial en el trabajo. Conviene además recordar, que este tipo de responsabilidad no se fundamenta en presunciones de culpa que produzcan inversión de la carga de la prueba de la víctima al presunto victimario, sino que se estructura sobre el sistema tradicional de la culpa probada.

Por otro lado, cuando se reclama por la vía judicial la indemnización plena u ordinaria, el trabajador soporta la carga de probar tres situaciones: 1) el hecho generador del daño, 2) la culpa del empleador y 3) la relación de causalidad entre el comportamiento culposos y el perjuicio. Asimismo, la jurisprudencia ha sostenido que:

“La responsabilidad a que alude el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene como requisito sine qua non la comprobación suficiente de la culpa patronal, pues en este caso no basta la comprobación del accidente”. Al respecto, ha señalado la jurisprudencia: “...que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo exige la ley, amén, obviamente, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, la ‘culpa suficientemente comprobada’ del empleador; a diferencia de lo que ocurre con las prestaciones económicas y asistenciales tarifadas previstas, hoy, en los artículos 249 y siguientes de la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas que las reglamentan, especialmente las contenidas en el Decreto 1295 de 1994, que se causan por el mero acaecimiento de cualquiera de las contingencias anotadas, sin que para su concurso se requiera de una determinada conducta del empleador.”

“Dicha diferencia estriba, entonces, esencialmente, en que la segunda de las responsabilidades señaladas, es decir, la del Sistema General de Riesgos Profesionales, es de carácter eminentemente objetivo, de modo que, para su definición, basta al beneficiario de las prestaciones que de ella se desprenden acreditar el vínculo laboral y la realización del riesgo con ocasión o como consecuencia del trabajo; en tanto que, la responsabilidad que conlleva la indemnización ordinaria y total de perjuicios tiene una naturaleza subjetiva, de modo que, su establecimiento amerita, además de la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, la prueba del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad que, según lo señalado por el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo general le corresponden...”. (Sentencia C.S.J. Sala Laboral, de 30 de junio de 2005, radicado No. 22656)

También, la jurisprudencia ha recalcado que: *“...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...”* (sentencia CSJSL 2799-2014, reiterada en providencia SL13653 de 2015, radicado 49681, con ponencia del Magistrado RIGOBERTO ECHEVERRI RUBIO). Es así, en dicho pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia, sostuvo:

“(...).” “Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y «...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente...» (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.)

En torno a lo anterior, en la sentencia CSJ SL17216- 2014 la Corte insistió en que *«...corresponde a quien pretende el pago de la indemnización demostrar la inobservancia injustificada de los deberes por parte del patrono, que como se anotó también derivan del pacto contractual, y la plena incidencia que tuvo en la ocurrencia del siniestro, pues no siempre que exista un resultado dañoso aquella opera, en tanto corresponde atenderse la naturaleza de la*

tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro y, fundamentalmente, la diligencia de quien lo creó.»

En igual dirección, en la sentencia CSJ SL4350-2015, la Sala precisó:

*La censura se duele de que, según su decir, el ad quem no aplicó el artículo 1604 del CC que establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, esto es a la empresa; reproche jurídico que no se aviene a la situación del sublite, puesto que, **para beneficiarse el trabajador de los efectos de esta norma del Código Civil, primero él debe probar el incumplimiento de parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador, en cuyo evento le traslada a aquel la carga de probar que sí actuó con diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad por la culpa leve que aplica en asuntos laborales como el presente***

Al decir el recurrente que acepta las conclusiones fácticas a las que arribó el ad quem, pareciera que la censura fundamenta la supuesta aplicación indebida, por la vía directa, del artículo 216 del CST que le atribuye al ad quem en que, si bien comparte que esta disposición exige «la culpa suficientemente comprobada» cuando se persiga obtener la indemnización plena de perjuicios, lo admite en el entendido de que la empresa siempre tiene a su cargo la prueba de que actuó con la debida diligencia y cuidado, so pena de resultar condenada a la indemnización plena de perjuicios.

Se equivoca el impugnante en su argumento, por cuanto la jurisprudencia tiene asentado, de vieja data, que al exigir el artículo 216 del CST la culpa suficientemente comprobada, le corresponde al trabajador demostrar el incumplimiento de una de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, lo cual, según el ad quem, no ocurrió y, para ello, se ha de precisar esta vez que no basta la sola afirmación genérica de la falta de vigilancia y control del programa de salud ocupacional en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió el incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador, el cual, a su vez, ha de tener nexo de causalidad con las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo generador de los perjuicios, las que igualmente deben ser precisadas en la demanda. (Resalta la Sala)».

Del mismo modo, debe mencionarse que, la jurisprudencia también ha señalado que, por excepción, cuando el accionante invoca un comportamiento omisivo por parte del empleador como causante del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral por incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, la carga de la prueba se invierte, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la carga de la diligencia incumbe al que ha debido emplearla. Sobre este aspecto, la jurisprudencia -Sentencia SL 977 de 2023-, precisó que, si bien es cierto, el empleador es quien debe asumir la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a fin de resguardar la salud e integridad de sus colaboradores, ello se presenta cuando se encuentren acreditadas las circunstancias concretas en las que ocurrió el infortunio, correspondiéndole a la activa, probar ese suceso (CSJ SL2336-2020).

Ahora, la Ley 9ª de 1979 “Por la cual se dictan medidas sanitarias”, en su artículo 82 estableció que “...las disposiciones del presente título son aplicables en todo lugar de trabajo y a toda clase

de trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica de su organización o prestación, regulan las acciones destinadas a promover y proteger la salud de las personas. Todos los empleadores, contratistas y trabajadores quedarán sujetos a las disposiciones del presente título y sus reglamentaciones...”; precisando en su artículo 84 que todos los empleadores están obligados a: “...a) Proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad, establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro del proceso de producción; b) Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la presente Ley y demás normas relativas a Salud Ocupacional; c) ... ; d) Adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores, mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo...”.

Aunado a lo anterior, la Resolución 2400 de 1979 “Por la cual se establecen algunas disposiciones sobre vivienda, higiene y seguridad en los establecimiento de trabajo”, prevé en su artículo 2° como obligaciones de los patronos, entre otras, las de dar cumplimiento a lo establecido en ese compendio normativo y en las demás normas legales de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial, elaborar su propia reglamentación y hacer cumplir a los trabajadores las obligaciones de salud ocupacional que les corresponda, así como proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad, de acuerdo a las normas establecidas en tal resolución. probada.

Conforme la normatividad citada, los niveles y deberes de seguridad que deben garantizar los empleadores en los sitios de trabajo no son, en principio, absolutos ni generales ni predeterminados, sino que deben ser razonables, cuya calidad, intensidad y características deben estar en relación con el entorno y particularidades de la actividad contratada, del lugar y las condiciones en que se desarrolla, entre otras cosas, así como la regulación normativa existente sobre el trabajo o actividad de que se trate.

Se manifiesta en la demanda que: “mi representado sufrió accidente de trabajo en ejercicio de labores propias de su cargo, el cual consistió en caída de costado sobre su mano izquierda al momento de resbalar por una rampa de mediana altura, provocando fractura de la muñeca.- La caída se produjo al momento de trasladar una tina de pollo de un lugar a otro, contando con que en ese mismo momento el personal de aseo y sanidad de la empresa estaba lavando el piso de la planta, lo que aumento el riesgo de sufrir alguna caída, ya que el piso se encontraba mojado y con productos químicos dispuestos para quitar la grasa que se acumula como producto de los restos de pollo”, y asimismo que: “La empresa demandada NO contaba con elementos de seguridad y el establecimiento de medidas protectoras para evitar accidentes de trabajo, como carga laboral impuesta por la ley al patrono, por lo que su incumplimiento comprobado determina la culpa de este y consecuentemente el nacimiento de la obligación de cubrir la indemnización

plena.- La empresa demandada NO cumplió con las condiciones mínimas de seguridad dentro del establecimiento de comercio destinado a la producción, distribución y empaque de carne de pollo, por razón a que el accidente se produjo como consecuencia del mal estado del piso y la rampa de acceso a la planta, incrementado el riesgo de caída por encontrarse la base del piso y de la rampa con residuos de grasa animal.”

Así las cosas, se procede a determinar si el demandante cumplió con su carga probatoria de acreditar el “1) el hecho generador del daño, 2) la culpa del empleador y 3) la relación de causalidad entre el comportamiento culposo y el perjuicio”; o si por el contrario la demandada demostró que adoptó las medidas pertinentes y suficientes con el fin de preservar la seguridad de su trabajador.

Obran con relación a la acreditación de los anteriores presupuestos, los siguientes medios de prueba:

- Interrogatorio parte representante legal demandada, JUAN NICOLAS VASQUEZ SALAZAR.
- Interrogatorio de los demandantes, RAUL IGNACIO TORO BARAJAS y MAIRA ALEJANDRA ALFONSO MACA.
- Declaración de los testigos JOHN JAIRO AREVALO PINZON y FELIPE TRUJILLO HOYOS (PDF 26)

Con relación al accidente de trabajo, se observan los siguientes documentos:

- INFORME DE ACCIDENTE DE TRABAJO DEL EMPLEADOR O CONTRATANTE, a la ARL SURA, fecha del accidente 21 06 2012 21:30, dentro de la empresa, jornada normal, laboral habitual, no hubo personas que presenciaron el accidente, como responsable del reporte FELIPE TRUJILLO, Supervisor, efectuado 26-06-2012 (PDF 17AnexoDeLaContestación folios 80-83), en donde se narra en el capítulo de descripción que: “EL SEÑOR RAUL TORO ESTABA EN LA LABOR TINAS PARA EMPACAR, EN EL MOMENTO QUE SACABA UN GRUPO DE TINAS SE RESBALO Y PUSO LA MANO IZQUIERDA GOLPEANDOSE LA MISMA”

- Impresión de correo, en donde se advierte un relato de lo sucedido efectuado por FELIPE TRUJILLO, de fecha 7/22/2013, que dice. “Labores que realizaba el señor Raúl Toro.- El señor estaba realizando la función de pasa tinas para el proceso de empaque de pollo, este proceso tiene como finalidad de pasar la totalidad de tinas que se requiere para liberar el viaje y según la cantidad que va ser embalado en ella: la persona encargada de esta función también debe pasar tinas del lavadero que se

encuentra ubicado en el área de desprese al área de empaque de pollo por la plataforma y puerta que divide las dos planta esta función se encontraba realizando este señor y en esta área fue que él se cayó ya que se resbalo con el piso que estaba muy liso. El señor por no dejarse golpear la cara él pone su mano izquierda y esta recibe todo el peso de su cuerpo, él ahí mismo pasa al área de beneficio buscando alguna persona que lo ayude, habla con el señor Luis Piaba que era en el momento el encapuchonador de la planta este señor ve que el señor Raúl tenía la mano como con un hueso salido y ahí es donde el pasa avisarle al señor José Vargas que este se había caído. Este señor en el momento era el jefe de planta de beneficio. El señor José me avisa que hay que hacerle un reporte de accidente de trabajo ya que este señor tenía su mano muy mal, inmediatamente se le realiza su respectivo reporte y se envía para SURA para que sea atendido de inmediato a este reporte se le saca una copia y se envía al Departamento de Gestión Humana dentro de la bitácora de asistencia del personal.- Este es mi relato de lo sucedido con el accidente del señor Raúl Toro Quedo atento a cualquier inquietud. Felipe Trujillo Hoyos” (PDF 17AnexoDeLaContestación folio 38).

➤ Formato de ENTREGA DE DOTACION Y ELEMENTOS DE PROTECCION FIJOS, con el nombre de RAUL TORO y aparente firma de este, recibe BOTAS 1, OVEROL 2, GORRO 2, TAPABOCAS 2, GUANTES 1 y DELANTAL 1 (PDF 17AnexoDeLaContestación folio 28).

➤ Descripción de botas VORKMAN, características “SUELA; Antideslizante, excelente agarre. IMPERMEABILIDAD 100%. RESISTENCIA: ácidos grasos. USO: Industrias alimenticias (cárnicos, avícolas, lácteos etc.), laboratorios, Invernaderos y Pesqueros”, y otros detalles (PDF 17AnexoDeLaContestación folios 30-31).

➤ Factura de venta de DISANTAFE SAS, de botas nombre de POLLO OLIMPICO SA. FECHA 6 06 2012, CON RADICADO DE LA MISMA FECHA. (PDF 17Anexo De La Contestación folio 32).

➤ Diversos documentos relacionados con la historia clínica del demandante, incapacidades, pagos realizados (PDF 17Anexo De La Contestación).

➤ Certificación del Subdirector de Alimentos y Bebidas alcohólicas del Invima, que indica que la demandada tiene implementado el SISTEMA HACCP para el producto POLLO ENTERO REFRIGERADO, según acta de verificación del plan respectivo con concepto favorable de fecha 21 de octubre de 2011, levantada por el INVIMA, certificación vigente hasta el 20 de octubre de 2013 (PDF 17AnexoDeLaContestación folio 120).

➤ Acta de inspección Sanitaria a la planta de beneficio de aves, de la demandada, realizado 30, 31 de octubre y 01 y 02 de noviembre de 2012 (PDF 17AnexoDeLaContestación folios 121-129). Y acta de inspección sanitaria a fábricas de alimentos mismas fechas (PDF 17AnexoDeLaContestación folio 130-139).

➤ Formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional, practicado al demandante, el 1 de julio de 2017, con resultado de valor final de la PCL/OCUPACIONAL % 0. (PDF 44Respuesta Requerimiento flios 3-9).

De los citados medios de prueba, analizados en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS), se considera que si bien es cierto el actor sufrió un accidente de trabajo el 21 de junio de 2012, no se evidencia que se hubiese acreditado la culpa del empleador en la ocurrencia del mismo, no existe medio de prueba que acredite de manera particular cual fue la causa que originó el accidente, que acción u omisión del empleador la generó, y el nexo de causalidad para atribuirle al empleador la culpa en la ocurrencia del mismo.

Debe resaltarse que el hecho que en la demanda se señale que *“La caída se produjo al momento de trasladar una tina de pollo de un lugar a otro, contando con que en ese mismo momento el personal de aseo y sanidad de la empresa estaba lavando el piso de la planta, lo que aumento el riesgo de sufrir alguna caída, ya que el piso se encontraba mojado y con productos químicos dispuestos para quitar la grasa que se acumula como producto de los restos de pollo”, y asimismo que: “La empresa demandada NO contaba con elementos de seguridad y el establecimiento de medidas protectoras para evitar accidentes de trabajo”, “La empresa demandada NO cumplió con las condiciones mínimas de seguridad dentro del establecimiento de comercio destinado a la producción, distribución y empaque de carne de pollo, por razón a que el accidente se produjo como consecuencia del mal estado del piso y la rampa de acceso a la planta, incrementado el riesgo de caída por encontrarse la base del piso y de la rampa con residuos de grasa animal...”*; no es suficiente para tener por demostrada la culpa del empleador en el acaecimiento del siniestro.

En efecto, como se indicó, no existe medio de prueba alguno que acredite bajo qué circunstancias se produjo la caída del trabajador, qué provocó que se resbalara. Se afirma que en el momento del suceso el personal de aseo y sanidad estaba lavando el piso de la planta, pero no existe medio de prueba alguno que acredite tal evento, así como tampoco que en el piso se hubiese esparcido elementos químicos, o que estuviese con grasa acumulada como producto de los restos de pollo, ni tampoco se

demostró el mal estado del piso y de la rampa de acceso a la planta, circunstancias pregonadas por el demandante.

El recurrente sostiene que el día del siniestro había “...un piso tan húmedo y resbaloso...”, lo que en su sentir se prueba con el “...interrogatorio de parte absuelto por el representante legal, quien confiesa que el piso de la planta es resbaloso permanecía húmedo y siempre permanecía con grasa debido a que sacrifican pollos y los descuartizan y siempre va a estar grasa en el piso...”; precisando también, que tal manifestación fue “...confirmada por el señor FELIPE TRUJILLO quien fuera supervisor de mi defendido quien también manifiesta que la planta debido a que manejan bajas temperaturas siempre tiene, siempre se encuentra húmedo el piso; igualmente el testigo JHON JAIRÓ quien fuera citado por la parte demandante fue más allá y dijo que debido a que siempre la planta tenía el piso resbaloso porque estaba húmedo y con grasa se llegaron a presentar varios accidentes. Al respecto si bien este testigo dice que no conoció a mi representado sino hasta el año 2013, este testigo también aclara que ambos entraron a laborar en la misma fecha, es decir que así no se hubieran conocido, de todas maneras el testigo si pudo observar de manera directa cuáles son las condiciones de la planta...”; condiciones del piso, del que colige “...siempre estaba húmedo siempre esta resbaloso siempre existía un estado de riesgo y ese estado de riesgo de acuerdo al reporte del accidente de trabajo, mi representado se resbaló en un piso que estaba húmedo y con grasa, por tal motivo el accidente es culpa directa de la empresa Pollo Olímpico...”.

Sobre las condiciones del piso en inmuebles destinados a establecimientos de trabajo, como edificios y locales, el parágrafo del artículo 9° de la Resolución No. 2400 de 1979, en términos generales prevé “...El piso o pavimento constituirá un conjunto homogéneo y liso sin soluciones de continuidad; será de material resistente, antirresbaladizo y en lo posible fácil de ser lavado...”. A su vez, la Ley 09 de 1979 “Por la cual se dictan Medidas Sanitarias” en su artículo 92 señala que los pisos de los locales de trabajo deberán ser, en general, impermeables, sólidos, y antideslizantes; deberán mantenerse en buenas condiciones y en lo posible secos. Cuando se utilicen procesos húmedos deberán proveerse de la inclinación y canalización suficientes para el completo escurrimiento de los líquidos; de ser necesario, se instalarán plataformas o falsos pisos que permitan áreas de trabajo secas y que no presenten en sí mismo riesgo para la seguridad de los trabajadores. Por su parte el Decreto 3075 de 1997, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones” establece entre otros aspectos, que las edificaciones e instalaciones de los establecimientos destinados a la fabricación, el procesamiento, envase, almacenamiento y expendio de alimentos deberán cumplir con las condiciones generales que se establecen en su artículo 8° y las específicas de las áreas de

elaboración, en su diseño y construcción, que los pisos *“...deben estar contruidos con materiales que no generen sustancias o contaminantes tóxicos, resistentes, no porosos, impermeables, no absorbentes, no deslizantes y con acabados libres de grietas o defectos que dificulten la limpieza, desinfección y mantenimiento sanitario...”*.

En documento denominado “VERIFICACIÓN DE L & D EN PLANTA DE BENEFICIO” (PDF 17 fl. 79), de fecha 21 de junio de 2012, se relaciona las *“...paredes, **pisos** y techos...”* indicándose que *“...se encuentran limpios...”* en las áreas de RECEPCIÓN, TRATAMIENTO PRIMARIO, SACRIFICIO, ESCALDADO Y DESPLUME, EVISCERACIÓN, ENFRIAMIENTO Y EMPAQUE DE CANALES, EMPAQUE DE PRODUCTOS CÁRNICOS COMESTIBLES, DESPACHO, MAQUINAS, COMUNES, así como *“...la **plataforma**...”*, ya que se califica con “2”, es decir *“...cuando la superficie se encuentre limpia...”* según nota explicativa visible en la parte final del formato.

En ACTA DE INSPECCION SANITARIA A PLANTAS DE BENEFICIO DE AVES, del INVINA, de fecha 30 de enero de 2012, se indica que en las INSTALACIONES FISICAS Y SANITARIAS de la empresa demandada *“...1.11. Los **pisos, rampas, pasillos** y escaleras **son de materiales antideslizantes**, cuentas con el ángulo apropiado para que el agua de lavado llegue sin dificultad a las canales de desagüe...”*, en lo que respecta a SALUD OCUPACIONAL, se indica que *“...13.1 Los funcionarios están dotados y usan los elementos de protección personal requeridos (gafas, cascos, guantes de acero, abrigos y botas). ... 13.3 Existen equipos e implementos de seguridad en funcionamiento y bien ubicados (extintores, camillas, etc...”* (PDF 17 fls. 122 a 129) y en la VISITA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTRATO, VERIFICANDO LAS CONDICIONES HIGIENICO SANITARIAS EN LA PLANTA DE DESPRESE, MARINADO Y POST PROCESO de la demandada, de fecha 30, 31 de octubre 1° y 2 de noviembre de 2012, se registra en INSTALACIONES FÍSICAS 2 *“...1.14 Se encuentran claramente señalizadas las diferentes áreas y secciones en cuanto a acceso y circulación de personas, servicios, seguridad, salidas de emergencia, etc...”*, y en el acápite de HIGIENE LOCATIVA DE LA SALA DE PROCESO, se registra *“...5.2.8. Los pisos se encuentran limpios, en buen estado, sin grietas, perforaciones o roturas (Art. 9 Literal (a) Dec. 3075/97) ...”* 5.2.9. *El piso tiene la inclinación adecuada para efectos de drenaje (Art. 9 literal (b) Dec. 3075/97)...* (PDF 17, fls. 130 a 139).

El representante legal de la sociedad demandada, precisó en el interrogatorio practicado, que en la planta, para el momento del siniestro, era factible que *“...en alguna área podría estarse haciendo alguna labor de aseo, pero no necesariamente donde él –aludiendo al actor- estaba trabajando...”*, por cuanto se estaba iniciando la operación de la planta para ese momento, que *“...el señor estaba trabajando en la planta de beneficio y en la planta de beneficio no*

había lavado...”; aclarando que “...tenemos pisos antideslizantes en granito y cumplimos con toda la normatividad...”; por lo que tales manifestaciones no se compaginan con la afirmación del recurrente al señalar que el representante “...confiesa que el piso de la planta es resbaloso **permanecía húmedo y siempre permanecía con grasa** debido a que sacrifican pollos y los descuartizan y siempre va a estar grasa en el piso...” (resalta la Sala); ya que cuando dicho profesional lo interroga sobre si era cierto o no que la empresa no suministro los elementos de seguridad idóneos para el ejercicio de sus actividades al accionante (pregunta 8ª), la respuesta del representante fue “...Al señor Raúl Toro se le dieron todos los elementos de protección que se le dan a ese tipo de cargos para este tipo de procesos para este tipo de plantas de trabajo en alimentos en especial pollo, se le entregó el día anterior a su ingreso a trabajar se le entregó dotación completa, que para este trabajo corresponde a acá y lo más relevante de protección que son las botas antideslizantes en PVC suministradas por una empresa que está certificada nacional e internacionalmente **para trabajo en plantas avícolas, y de procesos de alimentos con manejo de humedad y grasas**, con refuerzo en la puntera y con suela antideslizante de super agarre como lo dice literalmente el manual digamos o características y especificaciones de las botas...” y que si existían “...las condiciones ideales para ese tipo de trabajo en este tipo de plantas...”; evidenciándose que, lo admitido por el representante legal es que la planta por dedicarse a procesos de alimentos tiene manejo de humedad y grasa, pero no que el piso “...**es resbaloso, permanecía húmedo y siempre permanecía con grasa...**”; nótese que de las actas de las visitas practicadas por el Invima, referenciadas líneas atrás, aunque no correspondan específicamente al día del suceso al actor, si permiten colegir, que la demandada cumplía con los requerimientos en cuanto al estado de sus instalaciones y pisos; dado que dicha entidad –Invima- tenía competencia y verificaba tales aspectos conforme lo determinado por la normatividad relacionada en precedencia.

Ahora, en cuanto al testigo Jhon Jairo Arévalo Pinzón, quien laboró para la demandada entre el 18 de abril de 2012 y el 7 de febrero de 2013-, como “...supervisor de la zona de desprese, luego fui supervisor de la zona de pollo en canal y en la línea de sacrificio ...”, si bien éste al preguntársele por el apoderado del accionante que si en la rampa donde se transportaban las canastillas o tinas había presencia de grasa o de partes de pollo, indicó “...la verdad la verdad en toda la empresa tenía que haber grasa de pollo, había agua, había pedazos de todo, o sea eso era así, que digan que había una zona limpia, limpia excepta de andar de eso no, era completamente peligroso caminar uno, porque como uno como supervisor también tenía efecto de caerse en ciertos lados...”; tales aseveraciones se desvirtúan con lo que indican las actas de las visitas practicadas por el Invima como ya se precisó; entonces como atender el dicho

del mencionado testigo en el sentido que no había una zona limpia y que era completamente peligroso caminar, cuando lo que indican los documentos señalados es todo lo contrario, nótese que en éstas se califica con “2” todas las zonas allí verificadas porque se encuentran “limpias”, entendiéndose con ello, que no había residuos de pollo ni de grasa y la superficie no era resbalosa; mírese que, no se hace por dicha entidad reparo alguno sobre este aspecto; además, a este deponente no le consta como acaeció el accidente, lo que supo del mismo fue por comentarios de sus compañeros de trabajo y no se le preguntó si el día del suceso se encontraba en la planta para evidenciar las condiciones de la misma; por lo que no es factible considerar como lo hace el recurrente, que con lo señalado por éste se demuestra el estado de riesgo de la planta, toda vez que, en gracia de discusión de admitirse ese dicho, no resulta lógico y coherente que por la entidad competente de verificar tales aspectos, se emita concepto favorable y se indique que se cumple con las especificaciones normativas respectivas, en las que se incluyen las condiciones del piso, si como lo dice el testigo real y materialmente no era así.

El declarante Felipe Trujillo Hoyos –Jefe de Planta de la accionada y para la época de los hechos Supervisor del demandante, aunque señaló que el piso permanecía húmedo *“...porque siempre se trabaja en un proceso cárnico y un proceso cárnico siempre debe tener una temperatura adecuada, de menos lo ideal es menos 2 grados, entonces siempre va a estar húmeda...”*, y que *“...estaba muy liso...”*, manifestación última que se advierte en su informe de julio de 2013 (PDF 17 fl. 38); también refirió que *“...tenemos partes antideslizantes que inclusive siempre ha tenido sus sectores en granito para que la persona si va a pasar tenga su agarre en su pie...”* y es lo que se colige de las mencionadas tantas veces actas de visita del Invima. Ahora, de considerar como lo hace el apelante, que se acreditó el estado de riesgo o peligro de la planta, con lo indicado por éste deponente, obsérvese que el mismo, igualmente sostiene que a los trabajadores se les suministraba *“...botas de caucho antideslizantes con un mayor agarre teniendo en cuenta que son áreas húmedas y para el trabajo pesado...”* características de la dotación requerida para el tipo de labor que realizaba el actor y condiciones del piso de la planta, que le fue suministrada al operario y que portaba para el momento de los hechos; aunado a que según él -el testigo- el área donde estaba pasando las tinas el actor *“...es un área que es limpia porque es donde tenemos el lavado de las tinas, entonces obvio que va a ver humedad pero no es un área que se va a ver sucia y en el momento menos iba a estar sucia porque*

estábamos iniciando proceso...”; y así lo corrobora el deponente Luis Jorge Paiba –Auxiliar de planta de la demandada desde el 15 de septiembre de 1995-, persona a la que el día del accidente le estaba ayudando o siendo su auxiliar el actor, al sostener que donde estaban laborando con el actor “...es un sitio donde llega la tina limpia para colocarle la bolsa tina y enviarla a donde se empaca el pollo...”, y allí no había desechos de pollo, grasa, cárnicos o algo así.

Aunque, frente a estos testigos refiere el recurrente “...quiero poner de presente y por eso quiero que el HT tenga en cuenta la tacha de sospecha que se hizo sobre esos testigos...” con fundamento en la dependencia o subordinación que para el momento de rendir sus versiones tenían respecto de la demandada, pues eran trabajadores de ésta; sin embargo, se considera que tal razón no es de la suficiente entidad para desechar sus versiones, toda vez que se advirtió su espontaneidad, veracidad, indicaron la razón de la ciencia de sus dichos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que obtuvieron el conocimiento expuesto, sin que de sus versiones se advierta alguna circunstancia particular que evidencie parcialidad o querer inducir en error al juzgador; y como lo ha sostenido la jurisprudencia legal, si el declarante estuvo presente cuando sucedieron los hechos, o fue cercano a estos, y da noticia de ellos, su versión puede ser relevante e ilustrativa a fin de establecer la verdad real; además, en un proceso laboral, es habitual que quienes rinden testimonio sean las personas que conviven en la empresa y adquieren un conocimiento de manera directa y personal de las situaciones y hechos sobre las que rinden su versión, (CSJ SL, 30 sep. 2004, rad. 22842).

Y es que, por el hecho de no haberse especificado por el apoderado de la pasiva en algunas de las preguntas que les formuló, que hacía alusión a la época en que el actor sufrió el accidente, se pueda considerar como lo hace el apelante “...reitero una vez más, **el veneno** con el cual fueron interrogados esos testigos, el señor Paiba y el señor Felipe pues al momento de preguntarse si la planta tenía señalización si la planta tenía suelo antideslizante en algunas partes ellos dijeron que si pero la pregunta se les hizo en tiempo presente para el momento en que se realizó la audiencia inmediatamente anterior, ellos en ningún momento se refirieron a las condiciones que tenía la planta en el año 2012, cuando ocurrió el accidente...”; ya que tal situación no es lo percibido de esa prueba testimonial; y si así lo consideraba el recurrente, tuvo la oportunidad al momento de contrainterrogar a dichos deponentes, dado que ya habían sido cuestionados por el vocero judicial de la pasiva, de clarificar este aspecto

preguntándoles puntual y específicamente sobre tal situación, pero tampoco lo hizo; entonces no es factible arribar a tal conclusión.

En ese orden de cosas, se reitera no es posible colegir la responsabilidad de la demandada en el suceso acaecido al actor, y las afirmaciones de que aquella *“NO contaba con elementos de seguridad y el establecimiento de medidas protectoras para evitar accidentes de trabajo”, “NO cumplió con las condiciones mínimas de seguridad dentro del establecimiento de comercio destinado a la producción, distribución y empaque de carne de pollo”*, no son suficientes para establecer la culpa comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente, pues se reitera que no se está frente al caso de responsabilidad objetiva, sino la subjetiva en la cual se debe acreditar la culpa del empleador, de manera concreta, precisando las acciones u omisiones y el nexo de causalidad entre éstas y el resultado, como lo ha resaltado la jurisprudencia citada anteriormente; pero que en el presente caso, ello no se dio.

También señala el recurrente que la demandada tenía la carga de acreditar si las botas que tenía el demandante en el momento del accidente eran idóneas para desempeñar la labor *“eso de acuerdo a la carga dinámica de la prueba”*

Sobre este particular debe precisarse, en primer lugar, que el código general del proceso, positivizó o elevó a norma este principio, estableciendo cómo debe procederse para su realización, es así como el inciso segundo del artículo 167, la distribución de la carga, establece las circunstancias que debe tener el juez para imponerle a una de las partes la exigencia de probar determinado hecho, lo cual debe realizar mediante un auto susceptible de recurso, de tal suerte que si no se cumple con el trámite allí establecido no puede decirse que la parte tenía la obligación de demostrar determinado hecho, pues forma parte del debido proceso y del derecho de defensa que se cumpla con las formalidades establecidas en la ley como lo establece el artículo 29 de la CP, y en el asunto bajo examen no se advierte ninguna providencia del juez efectuando la distribución de la carga.

En segundo lugar, de manera particular sobre las botas, no existe discusión de que la demandada se las suministró al demandante, pues sobre tal aspecto no se

presenta disputa alguna, la diferencia se centra, como lo señala el recurrente si era idóneas o no. Así las cosas, se encuentra cumplida por el demandado la obligación de entregar la dotación considerándola como la adecuada.

Además de los medios de prueba allegados al proceso se evidencia que la demandada adquiriría botas, que cumplieran con el requisito de ser antideslizantes, como se advirtió anteriormente, con la prueba documental relacionada; las cuales están diseñadas para generar adherencia en distintas superficies, evitando resbalones y caídas.

De otra parte, la circunstancia de que el piso permaneciera húmedo, o estuviera liso, como se puede colegir del dicho del representante legal de la demandada y de los testigos, no es suficiente como atrás se analizó, para establecer la responsabilidad del demandando en la ocurrencia del accidente, pues una cosa es el peligro y otra el riesgo, pero como se señaló el demandado acreditó que adquiriría botas que cumplieran la condición de ser antideslizantes.

Por lo anterior, se reitera, al no existir medio de prueba que acredite la causa eficiente de la caída del trabajador, pues la simple exposición de que el piso estuviera húmedo o liso no es suficiente para tener como responsable al demandado como se dijo, además de ser ésta la causa, todos los trabajadores que transitaran por esa zona se hubiesen caído, o no se podría llevar a cabo actividad alguna en la misma, y en gracia de discusión tal factor simplemente sería un indicativo del peligro, pero no de la demostración de la culpa del empleador.

De otra parte, no sobra señalar que el demandante indica en el recurso que la demandada no investigó el accidente, que no hay ninguna acta del Copaso, que haya tenido una sola reunión sobre el accidente por lo que omitieron por completo poder establecer a qué se debió el accidente. Sobre el particular debe señalarse que en efecto la Resolución 1401 de 2007, por la cual se reglamenta la investigación de incidentes y accidentes de trabajo, del Ministerio de Protección Social, impone a los aportantes obligaciones (artículo 4), entre ellas la de investigar todos los incidentes y accidente de trabajo dentro de los quince días siguientes a su ocurrencia, a través del

equipo investigador, conforme lo determina la resolución; asimismo a la Administradora de Riegos Laborales (artículo 5), y en el artículo 15, regula las sanciones por el incumplimiento a lo establecido en dicha resolución, remitiendo a los literales a) y c) del artículo 91 del Decreto-ley 1295 de 1994, siendo de competencia la investigación y las sanciones de la Direcciones Territoriales del Ministerio de Protección social. En consecuencia, la circunstancia de que no obre actas del COPASO hoy COPASST, y no exista prueba de investigación adelantada, no conlleva a presumir la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente, y como lo señala la norma dicha omisión conlleva a la aplicación de las sanciones allí establecidas correspondiente a multas hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales.

Es de advertir que el recurrente señala que solo le competía demostrar un accidente y que se presentó por que su defendido se resbaló y cayó sobre su mano izquierda lo que aparece demostrado y por estar en un ambiente de trabajo de riesgoso *“ porque estamos hablando de un piso resbaloso y mi defendido se cayó precisamente porque el piso estaba resbaloso la carga de la prueba de la demanda era demostrar que las botas si eran idóneas ...”*, pero como se dijo en el presente caso, por tratarse de la responsabilidad subjetiva no basta con demostrar el accidente de trabajo, sino que tiene la carga de la prueba la parte demandante de acreditar la culpa del empleador, que es lo que se echa de menos en el asunto bajo examen, se reitera como lo ha precisado la jurisprudencia.

Así las cosas, quedan resueltos los temas objeto de apelación, por lo que se impone la confirmación de la sentencia recurrida con la advertencia de que la Corporación solo tiene competencia para examinar los temas controvertidos, como se señaló al inicio de las consideraciones.

Costas de esta instancia a cargo del demandante por ser resuelto el recurso de manera desfavorable. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de marzo de 2020, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **RAUL IGNACIO TORO BARAJAS** contra **POLLO OLIMPICO S.A.** de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

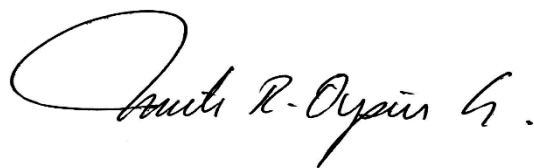
SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEYDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105009202100016-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintinueve (29) de septiembre de 2022 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RICAURTE TARQUINO BECERRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Ricaurte Tarquino Becerra, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS a través de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. por faltar al deber de información, en consecuencia, que permaneció siempre en el RPM, ordenar a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES de las sumas de dinero pertenecientes al demandante en su cuenta individual de ahorro, así como

los rendimientos y bonos pensionales, ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación, actualizar y corregir la historia laboral, condenar en costas procesales y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita, de forma subsidiaria, declarar la inexistencia del acto de traslado del RPM al RAIS con las mismas consecuencias y ordenes antes referidas.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 1 de abril de 1957, que fue afiliado al ISS hoy COLPENSIONES el 1 de enero de 1996 cotizando un total de 150 semanas, que suscribió formulario de traslado a COLFONDOS y PORVENIR sin que se otorgara la información suficiente, que radico derecho de petición ante COLFONDOS y PORVENIR el 26 de noviembre de 2019 solicitando la liquidación del bono pensional, para anulación del traslado de régimen, a lo que se dio respuesta COLFONDOS de que no se encontraba afiliado a dicha entidad, por su parte, PORVENIR dijo carecer de competencia para pronunciarse sobre la nulidad de afiliación por traslado, por ultimo radico derecho ante COLPENSIONES para que se anulara el traslado, lo que fue negado en virtud al ejercicio del derecho a la libre elección de régimen. (archivo 01DemandaAnexosActaReparto .pdf)

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denomino; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la cusa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 09ContestacionColfondos .pdf)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (archivo 07ContestacionPorvenir .pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, en su defensa propuso las excepciones de; prescripción, buena fe,

inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (archivo 10ContestacionColpensiones .pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintinueve (29) de septiembre de 2022 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante entre el RPM administrado por el ISS al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. el 28 de octubre de 1998, condenar a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta individual de ahorro del demandante, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta individual del demandante durante la vigencia de la afiliación del demandante, condenar a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS y PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados, actualizando la historia laboral, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, costas a cargo de COLFONDOS S.A.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presenta recurso de apelación, en los siguientes términos: no se logró demostrar que la afiliación adolecería de algún tipo de vicio en el consentimiento, además el demandante debía informarse y no lo hizo durante todo el tiempo en que estuvo afiliado, también debía acreditar que era beneficiario del régimen de transición con lo que se vulnera el principio de confianza legítima.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la demandada PORVENIR S.A. solicito revocar la sentencia apelada, para lo cual resalto lo correspondiente a las restituciones mutuas, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y como aceptación del traslado de régimen y **iii)** si debe estudiarse lo solicitado bajo los postulados de vicios el consentimiento o si es necesario ser beneficiario del régimen de transición para que proceda la ineficacia del traslado de régimen. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 26 de noviembre de 2019, donde se solicita la anulación del traslado de régimen, tal como da cuenta acción constitucional en la que se pretende el amparo del derecho fundamental de petición. (fol. 42 del archivo 10ContestacionColpensiones .pdf)

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable

declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.**

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el primero (1) de abril de 1957 (archivo 01DemandaAnexosActaRepart .pdf, fl. 98), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES un total de 150 semanas (archivo 10ContestacionColpensiones .pdf, fl. 106), iii) que el veintiocho (28) de octubre de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A. (fl. 101, archivo 09ContestacionColfondos .pdf), con efectividad el 1 de diciembre de 1998, (fol. 100 del mismo archivo), vi) que el veintitrés (23) de febrero de 2001 se trasladó de A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 2001 (fl. 88 y 92, archivo 07ContestacionPorvenir .pdf) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.349 semanas (fol. 97 del mismo archivo).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A. y Porvenir S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Ricaurte Tarquino Becerra asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende

una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Tampoco es óbice para que se declare la ineficacia, que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición para el momento en que solicito la ineficacia del traslado, lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “...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 se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...” (Sentencia CST SL1452 de 2019), tal como se indicó de forma antecedente.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Continuando con el estudio por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de

ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.*** Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar**

valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” (Negrilla fuera de texto)

Por último, la indexación de los conceptos que se ordenan devolver, debe ser reconocida pues está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, por lo que la sentencia se adicionará.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el veintiocho (28) de octubre de 1998 con efectividad el 1 de diciembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para adicionar la sentencia frente a la indexación de los conceptos por cuotas de administración y comisiones, seguros previsionales de invalidez y muerte, así como el aporte destinando al fondo de pensión de garantía mínima, en todo lo demás se

confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el veintinueve (29) de septiembre de 2022 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **RICAURTE TARQUINO BECERRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para en su lugar ordenar el reintegro de los descuentos por concepto de; las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, con la respectiva indexación de estos conceptos, así como de las cuotas de administración y comisiones, en todo lo demás se CONFIRMA la sentencia apelada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105010202000076-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el treinta y un (31) de octubre de 2022 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS ALBERTO COLOMA CÓRDOVA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Carlos Alberto Coloma Córdoba, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para que se declare la ineficacia del traslado efectuado por el demandante el 7 de junio de 2000 a **PORVENIR S.A.** por faltar al deber de información, en consecuencia, todo vuelva a su estado anterior, ordenando a **COLPENSIONES** el regreso automático y actualización de la historia laboral, por su parte, **PORVENIR** devuelva aportes junto con sus rendimientos financieros, costas y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que se trasladó del régimen de prima media a PORVENIR S.A. el 7 de junio de 2000, que no se brindó una información completa y oportuna, que nació el 15 de febrero de 1951, que a la fecha de entrada del sistema general de pensiones, es decir, para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años siendo beneficiario del régimen de transición, que entre el 1 de julio de 1982 hasta el 30 de abril de 2018 cotizó 1.223 semanas, que agoto reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 29 de enero de 2020. (archivo 01ExpedienteDigital.pdf)

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (archivo 11ContestaciondemandaPorvenir.pdf, fls. 22 a 24).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de; prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica. (archivo 12ContestacionDemandaColpensiones.pdf, fls. 11 a 12).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el treinta y un (31) de octubre de 2022 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, declaro la ineficacia de la afiliación el demandante a PORVENIR S.A. de la suscripción realizada el 7 de junio de 2000, en consecuencia declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenando el egreso automático sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES, condeno a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante, condeno a PORVENIR S.A. hacer entrega a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como; cotizaciones, frutos e intereses, esto es con los rendimientos causados, así mismo la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima,

con la documentación que los corrobore, condeno a COLPENSIONES que de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia actualice historia laboral para efectos pensionales, declaro probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por las demandadas frente a la pretensión de cobro de intereses, condeno en costas a las demandadas.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de forma parcial frente al ordinal tercero solicitó que se revoque, argumentó que; si bien existe un precedente jurisprudencial, este no es aplicable frente a gastos de administración, seguros de primas previsionales y demás, ya que son conceptos establecidos por la ley, que no financian la prestación pensional de vejez y sujetos a prescripción, en cuanto a la indexación tampoco procede por ser una doble sanción, pues no se está teniendo en cuenta que se ordenó la devolución de los rendimientos financieros.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; para la fecha en que se efectuó el traslado, este tenía plena validez, sin que se incurra en vicios del consentimiento, del interrogatorio de parte se evidencia que el demandante conocía del mismo, por lo que, fue un traslado libre y de forma voluntaria, que para la fecha del mismo no existía documento o trámite diferente al formulario de afiliación, para llevar a cabo el traslado. Por último, solicita se absuelva de costas procesales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de la parte demandante solicita se confirme el fallo, para lo cual manifiesta que la insuficiente información genera lesiones del derecho pensional del afiliado y que no es suficiente la suscripción del formulario, por su parte, PORVENIR S.A. solicitó se revoque la sentencia resaltando que ninguno de los presupuestos legales alegados resultaron demostrados, dándose curso a la plena voluntad del afiliado, que debe darse cabida a las restituciones mutuas y COLPENSIONES guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del

proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada y **iv)** si hay lugar a condenar a costas procesales a la demandada COLPENSIONES. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 20 de enero de 2020 y su respuesta el 29 de enero del mismo año, donde le fue negada la solicitud de nulidad del traslado. (archivo 01ExpedienteDigital.pdf, fls. 6 y 8 al 10).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con

solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la perdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

	derechos laborales y autonomía personal	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el quince (15) de febrero de 1951 (archivo 01ExpedienteDigital.pdf, fl. 4), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES 308 semanas (archivo 01ExpedienteDigital.pdf, fl. 12), iii) que el siete (7) de junio de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de agosto de 2000 (archivo 11ContestaciondemandaPorvenir.pdf, fls. 63 y 145)

administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.158 semanas (archivo 11ContestaciondemandaPorvenir.pdf, fl. 67).

Del interrogatorio de parte practicado al demandante en ningún momento acepto algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera al fondo de pensiones, pues de su dicho se puede extraer que previo al momento de la vinculación no recibió la información debida, ya que es evidente de lo manifestado que no conoce todas y cada una de las características de los regímenes pensionales, situaciones concretas y que ampliamente fueron indagadas una a una por el Despacho y los apoderados de las partes.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Carlos Alberto Coloma Córdova asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del

C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto, a las órdenes dadas en primera instancia a PORVENIR S.A. de la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las

circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al

realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Porvenir S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes del demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el siete (7) de junio de 2000 con efectividad el 1 de agosto de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

De la imposición en costas

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)*” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior absolución.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el

proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a Colpensiones y Porvenir S.A., quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que no se revocará dicha condena, conforme se solicitó en el recurso de apelación.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el treinta y un (31) de octubre de 2022 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **CARLOS ALBERTO COLOMA CÓRDOVA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033202000090-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintiún (21) de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUÍS ALBERTO PIÑEROS GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

LUÍS ALBERTO PIÑEROS GÓMEZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, para que se declare la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, en consecuencia, se declare válida y sin solución de continuidad la afiliación del demandante al RPM hoy **COLPENSIONES**, que se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver todos los aportes realizados, rendimientos, bonos pensionales y demás conceptos del demandante a **COLPENSIONES** sin efectuar ningún tipo de deducción, se ordene a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación del demandante al RPM, a lo extra y ultra petita, costas procesales y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 18 de junio de 1961, empezó a cotizar a seguridad social en pensiones desde el 9 de julio de 1980 en el ISS hoy COLPENSIONES, que suscribió formulario de afiliación en mayo de 2002 para trasladarse del RPM al RAIS, la cual se dio en el lugar de trabajo, sin que se cumpliera con el deber de información, que en el ISS hoy COLPENSIONES acredita un total de 1.129.57 semanas, que en la AFP PROTECCIÓN a cotizado 891.43 semanas, para un total de 2.022.43 semanas cotizadas durante toda la vida laboral, que el 12 de febrero de 2020 se radico COLPENSIONES formulario de afiliación para obtener el traslado del RAIS al RPM y que mediante comunicado del 20 de febrero de 2020 COLPENSIONES negó el traslado del RAIS al RPM. (archivo 01Expediente.pdf)

Contestaciones de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y Protección S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (archivo 09ContestacionProtección.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (archivo 10ContestacionColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintiún (21) de octubre de 2022 por el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado al RAIS y con esto la afiliación realizada por el demandante efectuada el 3 de mayo de 2022 a la AFP PROTECCIÓN S.A., declarar que el demandante actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al RPM por COLPENSIONES, ordenar a PROTECCIÓN S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, ordenar a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del demandante al RPM e integrar en su totalidad la historia laboral, condenar a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPM administrado por COLPENSIONES durante el tiempo en el cual estuvo afiliado el demandante, declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, costas a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN S.A.

De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque los numerales primero, segundo y cuarto, argumentó que el A quo paso por alto que para la fecha del traslado del afiliado el único requisito solicitado era el formulario de afiliación, en donde constaba esa libertad de elección de régimen, pues debería exigirse la demostración de vicios del consentimiento y frente a la carga de la prueba la misma no debería ser trasladada a los fondos pensiones, pues no se exige al demandante el mas mínimo esfuerzo por probar lo solicitado, vulnerándose el principio de confianza legítima, violando el debido proceso de COLPENSIONES quien debe afrontar la carga prestacional, las consecuencias deben solo recaer en las partes involucradas por sus actos jurídicos, el demandante en careo realizado por el Juez admite que recibió la información y que su objetivo o deseo era permanecer en el RAIS, ello por cuanto se realizó una reasesoría, permitir el traslado impone un

desequilibrio patrimonial o descapitalización a la entidad, además de estar expresamente determinado en la ley que cuando falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional es imposible que se lleve a cabo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de COLPENSIONES solicita se denieguen las pretensiones de la demanda para lo cual ratifica los argumentos expuestos en su recurso de apelación, de otro lado, los demás intervinientes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si es necesario acreditar vicios del consentimiento o denegar lo pretendido ante la prohibición del traslado cuando se esté a 10 años o menos para adquirir la edad establecida en la ley para pensionarse. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES el 15 de septiembre de 2020 donde se solicitó el traslado por ineficacia de la afiliación y su respuesta del 17 de septiembre de 2020 en la que se niega lo peticionado. (archivo 05SubsanacionDemanda.pdf, fls. 4-8)

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso

derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado,

encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor

posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el dieciocho (18) de junio de 1961 (archivo 01Expediente.pdf, fl. 24), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre el 9 de julio de 1980 y el 31 de mayo de 2002 un total de 1.129.57 semanas (archivo 01Expediente.pdf, fl. 29), iii) que el tres (3) de mayo de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de julio de 2002 (archivo 09ContestacionProteccion.pdf, fls. 40 y 52) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 2.078.14 semanas (fl. 64 del mismo archivo).

Por otra parte, absolvió **interrogatorio de parte** la demandante, sin embargo, con su dicho no acepto situación alguna que le fuera favorable al fondo de pensiones, contrario a lo indicado por el apoderado de la parte demandada COLPENSIONES, quién realiza énfasis en la reasesoría llevada a cabo en el año 2013, no era para esa data que debía probar el cumplimiento a su deber de información, sino que era al momento en que se dio lugar al traslado de régimen.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Protección S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Luís Alberto Piñeros Gómez asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con el estudio, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás conceptos, la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, reflexión que por tanto conduce a acceder a este punto de apelación. En tal sentido conveniente resulta traer a colación

lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de

administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Por último, respecto a la condena de indexación los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Protección S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Protección S.A. el tres (3) de mayo de

2002 con efectividad el 1 de julio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintiún (21) de octubre de 2022 por el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **LUÍS ALBERTO PIÑEROS GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202100092-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Incapacidades.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y la demandada NUEVA EPS S.A., en contra de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALCA INGENIERÍA S.A.S.** en contra de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** y **NUEVA EPS S.A.** con la vinculación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

ALCA INGENIERÍA S.A.S., promovió demanda ordinaria laboral en contra de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. y la NUEVA EPS S.A., para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo con la señora Ricardina Tote Yace; que, se declare una relación contractual con AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., como aseguradora de Riesgos Laborales y con la NUEVA EPS S.A., entidad a la que efectuó los aportes a Salud, de su trabajadora; que, se declare que las demandadas, incumplieron con el pago de las incapacidades otorgadas a la señora Tote Yace; y, en consecuencia, se condene a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. y a la NUEVA EPS, al pago de las incapacidades otorgadas a su trabajadora, entre el 24 de agosto de 2017 y el 22 de febrero de 2020, junto con los intereses corrientes, la indexación, lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, existió una relación laboral con Ricardina Tote Yace; que, desde el momento de su vinculación, se afilió a la trabajadora, a la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE

VIDA S.A.; que, la mencionada señora, sufrió un accidente laboral el 01 de diciembre de 2011, evento a partir del cual se le otorgaron una serie de incapacidades médicas con el diagnóstico de lumbalgia radicular – Radiculopatía e igualmente fue objeto de calificación de pérdida de la capacidad laboral; que, las incapacidades otorgadas, por ser de origen laboral, debieron ser atendidas por AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., sin embargo, al radicar las correspondientes a los periodos del 17 de febrero al 17 de marzo de 2017, 24 de agosto al 07 de septiembre de 2017, 08 al 22 de septiembre de 2017 y 23 de septiembre al 07 de octubre de 2017, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., sólo canceló la primera y respecto a las demás, hizo la devolución, argumentando que, no era su obligación cancelarlas, pues, la trabajadora ya estaba calificada, por lo tanto, debía proceder a reclamar la pensión de invalidez.

Indicó que, el 23 de enero de 2018, reiteró la solicitud de pago de las incapacidades ante AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., y presentó queja ante la Superintendencia Financiera, por el incumplimiento de esa ARL, en el pago de sus obligaciones; sin embargo, a través de respuesta del 28 de agosto de 2018, la Entidad de vigilancia financiera, respaldó los argumentos de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., quien mantuvo la posición de no pago de las incapacidades.

Refirió que, entre septiembre de 2017 y el 21 de junio de 2018, a la trabajadora, le fueron concedidas más incapacidades médicas, las cuales fueron adicionadas a las solicitudes presentadas ante AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. y la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, y, esta última con respuesta del 27 de febrero de 2019, se negó a establecer alguna sanción o investigación a la ARL, alegando que, debía acudir a la rama jurisdiccional para dirimir el conflicto.

Manifestó que, el dictamen de pérdida de capacidad laboral de Ricardina Tote, emitido el 15 de julio de 2017, por el Departamento de Medicina Laboral de la ARL, fue objeto de revisión por la Junta Regional de Calificación del Valle, el 30 de octubre de 2017 y por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el 15 de agosto de 2018, concluyendo que el diagnóstico de *“Síndrome Manguito Rotador Derechos y otros trastornos de los discos intervertebrales (hernia L2-L3, L3-L4)”*, era de origen común y la *“contusión de la región lumbrosa y de la pelvis y (ii) la contusión del hombro y del brazo derecho”*, si eran de origen laboral.

Que, en aras de no afectar el mínimo vital de la trabajadora, ALCA INGENIERÍA S.A.S., como empleador ha cancelado todas las incapacidades de origen laboral; que, la NUEVA EPS, también se ha negado al reembolso de las incapacidades, por lo tanto, a la presentación de esta acción, las demandadas, le adeudan las incapacidades otorgadas entre el 24 de agosto de 2017 y el 22 de febrero de 2020. Que, el vínculo laboral con la señora Ricardina Tote, finalizó en el mes de abril de 2020 y siempre se le reconoció auxilio económico, sin que el mismo haya sido reconocido por AXA COLPATRIA o la NUEVA EPS (Archivos 02, 13 y 15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A.**, dio contestación oportuna, negó los hechos y se opuso a las pretensiones, alegando que, esa Entidad, cumplió con las obligaciones a su cargo, frente a la trabajadora; y que, las incapacidades, cuyo pago reclama la demandante, fueron negadas, pues, la afiliada contaba con concepto desfavorable de rehabilitación, siendo responsabilidad de la AFP PORVENIR S.A., otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiera lugar; además, frente a las incapacidades de origen laboral, su reconocimiento estaba a cargo de la ARL a la cual se encontraba afiliada la trabajadora. Propuso la excepción previa de comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, solicitando la vinculación de la AFP PORVENIR S.A., la cual se declaró probada en audiencia celebrada el 07 de septiembre de 2021 (archivo 34). Además, planteó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación de la NUEVA EPS de cancelar incapacidades no transcritas, incumplimiento de los requisitos de transcripción establecidos por la NUEVA EPS, el pago de incapacidades frente a un accidente o enfermedad laboral corre por cuenta de la ARL, falta de legitimación en la causa por pasiva de la NUEVA EPS, incumplimiento del procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses, prescripción y caducidad y la genérica (Archivo 19).

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., también se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aclaró que, la trabajadora, estuvo afiliada a esa ARL, entre el 05 de agosto de 2011 y el 30 de noviembre de 2013; además que, cumplió a cabalidad con sus responsabilidades como Administradora de Riesgos Laborales, pues mediante dictamen realizado el 15 de julio de 2017 calificó la pérdida de capacidad laboral de la señora RICARDINA TOTE YACE, por el accidente de trabajo sufrido el 01 de diciembre de 2011, el cual sólo le fue reportado por el empleador, el 09 de noviembre de 2016, por lo tanto, no era procedente el pago de las incapacidades aludidas por la actora, después de esa fecha; además que, en caso de emitirse alguna condena en su contra, sólo puede serlo por las incapacidades médicas derivadas de las patologías *contusión de la región lumbosacra y de la pelvis (S300) y la contusión del hombro y el brazo (S400)*, que fueron las calificadas con origen de accidente laboral; que, se debe negar el pago de intereses moratorios, en razón a que AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. estaba en su derecho de suspender el suministro de las prestaciones económicas a la señora Ricardina Yace Tote. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., inexistencia de obligación de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a reconocer incapacidades de patologías de origen común, improcedencia de intereses moratorios sobre las supuestas incapacidades no pagadas por AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., cumplimiento de las obligaciones y prescripción (Archivo 23).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, dijo que, las contingencias a su cargo son las de origen común, pues las de origen laboral están en cabeza de las Administradoras de Riesgos

Laborales, y que, claramente se deduce por los hechos de la demanda que las enfermedades que aquejan a la afiliada Ricardina Tote Yace, son enfermedades que provienen y se desencadenaron del accidente de trabajo que sufrió el 01 de diciembre del año 2011, por lo tanto, siendo su enfermedad de origen laboral, claro es que la llamada a pagar las incapacidades acá pretendidas, no es esa AFP; y que, en todo caso, de estar frente a un siniestro de origen común, sea Administradora, nunca ha recibido solicitud de pago de incapacidad alguna proveniente de la EPS o de la afiliada, que le permitan adelantar el estudio específico de la prestación para definir la viabilidad de pago o no; en cuanto a las pretensiones no se opuso, ni se allanó, por no estar dirigidas en su contra y en igual sentido, respecto a los hechos, manifestó no constarle ninguno de ellos. Alegó como excepciones de fondo, inexistencia de la obligación a su cargo, cumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada – cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, buena fe, mala fe del actor y prescripción (Archivos 37 y 39).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de febrero de 2023, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., de las pretensiones, comoquiera que, no se comprobó que las incapacidades cuyo reembolso se reclamaba, se causaron dentro de los periodos de afiliación de la trabajadora a dicha ARL; condenó a la NUEVA EPS S.A., a reconocer y pagar al demandante, la suma de \$3.211.564, por concepto de reembolso de incapacidades, debidamente indexadas, desde el momento mismo en que se ha debido pagar cada incapacidad; condenando en costas a la NUEVA EPS y a la actora ALCA INGENIERÍA S.A.S.; se abstuvo de imponer condena alguna a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de la demandante y la demandada NUEVA EPS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **demandante**, insistió en el pago de las incapacidades de origen profesional a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS VIDA S.A., pues, que se haya demostrado el cambio de ARL a COLMENA, no puede servir de excusa para desconocer el pago de éstas.

La demandada **NUEVA EPS**, indicó que, su recurso de apelación era parcial y sólo en contra de la decisión que le impuso el pago de las incapacidades otorgadas a la trabajadora, del 07 de enero al 21 de enero de 2018 y del 06 al 20 de julio de 2018, por no encontrarse certificadas, ni probadas dentro del proceso: así como por las incapacidades del 22 de enero al 05 de febrero de 2019, del 13 al 19 de febrero de 2019, del 26 de septiembre al 05 de octubre de 2019 y 16 al 18 de enero de 2020, por haberse demostrado que fueron de origen laboral;

también se opuso a la condena en costas, que consideró excesiva. Aceptó la condena impuesta respecto al pago de las incapacidades causadas entre el 09 de octubre de 2017 y el 07 de noviembre de 2019 y del 22 de octubre al 08 de noviembre de 2017, certificadas como de origen común.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la demandante, indicó que, durante la fecha de la vinculación laboral de la trabajadora y durante el término de las incapacidades, ésta se encontraba en una situación de vulnerabilidad, razón por la cual la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., no tenía excusa en decir que gracias a la calificación de pérdida de capacidad laboral del 15 de julio de 2017 podía dejar de cancelar las incapacidades médicas, pues, por ley, no podía suspender el pago de las mismas sino hasta el momento en que la persona se reintegrara a su puesto de trabajo o en su defecto le fuera reconocida pensión de invalidez, estando la ARL obligada pagar las incapacidades de origen laboral, y que, de manera abierta a desconocido sin justificación válida alguna.

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., solicitó confirmar la sentencia apelada, en cuanto absolvió a esa ARL, de las pretensiones de la demanda, pues, aseguró que como efectivamente concluyó la *a quo*, las incapacidades cobradas, si bien podían catalogarse como de origen laboral, se habían originado durante la cobertura de otra Administradora de Riesgos Laborales, diferente a AXA, que no fue vinculada al proceso, sin que, para la fecha de afiliación de la trabajadora a esa ARL, se haya causado la prestación cuyo reembolso se perseguía el empleador, en este proceso.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación presentados por la demandante y la demandada NUEVA EPS, la Sala, deberá establecer, *i)* si AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., debe asumir el pago de las incapacidades de origen laboral otorgadas a la trabajadora entre el 24 de agosto de 2017 y el 22 de febrero de 2020; y, *ii)* si la NUEVA EPS S.A., debe cancelar el valor de las incapacidades correspondientes a los periodos del 07 de enero al 21 de enero de 2018, 06 al 20 de julio de 2018, 22 de enero al 05 de febrero de 2019, del 13 al 19 de febrero de 2019, del 26 de septiembre al 05 de octubre de 2019 y 16 al 18 de enero de 2020, que afirmó no estar demostradas en el proceso o ser de origen laboral.

DEL AUXILIO ECONÓMICO POR INCAPACIDAD

Insiste la parte demandante en su recurso, en que AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., debe reembolsar el valor de las incapacidades otorgadas a su trabajadora, producto del accidente de trabajo sufrido el 01 de diciembre de 2011, sin que el cambio de ARL sea razón para exonerarse de su obligación.

Por su parte, la NUEVA EPS, solicita ser exonerada del pago de las prestaciones económicas correspondientes a las incapacidades médicas concedidas a la señora Ricardina Tote Yace, correspondientes a los periodos del 07 al 21 de enero de 2018, 06 al 20 de julio de 2018, 22 de enero al 05 de febrero de 2019, del 13 al 19 de febrero de 2019, del 26 de septiembre al 05 de octubre de 2019 y 16 al 18 de enero de 2020, que, según su dicho no se demostraron dentro del proceso o son de origen laboral.

Con el fin de resolver las anteriores inconformidades, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

Así pues, es claro que los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, vean limitada su capacidad laboral, tienen derecho al reconocimiento y pago de una prestación económica, que les garantice la subsistencia digna, en reemplazo del salario que no pueden devengar durante el tiempo que perdure la afectación de su estado de salud; tales garantías se materializan, entre otros, a través del pago de las incapacidades laborales y la pensión de invalidez.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 277 a 279 del CST, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, artículo 52 de la Ley 962 de 2015, artículo 1 del Decreto 1333 de 2018, y los artículos 2, 5 y 9 de la Ley 776 de 2002, la falta de capacidad laboral, puede ser *i)* temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; *ii)* permanente parcial, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y *iii)* permanente o invalidez, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%; y, a su vez, también pueden ser de origen laboral o común, lo cual es determinante para saber a quién le corresponde el pago de las prestaciones económicas, y la forma en que se deben liquidar.

Respecto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 compilado en el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL, son las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico; adicionalmente, las incapacidades de origen laboral, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 776 de 2003, se liquidan y pagan con el 100% del ingreso base de cotización.

De otra parte, el pago de las incapacidades de origen común se encuentra distribuido así: *i)* Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013; *ii)* a partir del día 3 hasta el día 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1 del Decreto 2943 de 2013; *iii)* desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS; y, *iv)* del día 541 en adelante, conforme a lo señalado en el Capítulo III del Decreto 1333 de 2018, la EPS, nuevamente asumirá su pago.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las Entidades Promotoras de Salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto; por tanto, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones.

Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de 4 semanas (artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016). De acuerdo a lo establecido en el artículo 227 del CST, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho al auxilio monetario, hasta por 180 días así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante. En el caso de salario variable, aplicable a trabajadores que no devenguen salario fijo, se tendrá como base el promedio de los 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, o todo el tiempo si este fuere menor. No obstante, como quedó establecido en la sentencia C-543 de 2007, el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, pues, de lo contrario, se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

Pues bien, en cuanto a la inconformidad de la parte **demandante**, por el no pago de las incapacidades de origen laboral, que, considera están a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., advierte la Sala, en primer lugar que, no fue objeto de discusión, ni controversia en la alzada, que ALCA INGENIERÍA S.A.S., le canceló a su trabajadora RICARDINA TOTE YACE, las prestaciones económicas por incapacidad médica otorgadas durante los años 2017 a 2020, lo que se ratifica con la documental obrante en los archivos 03 a 09 del expediente digital.

En segundo término, efectivamente como señaló la Juez de Primera Instancia, de acuerdo con la certificación de afiliación que milita en el archivo 60 del expediente digital, la trabajadora Ricardina Tote Yace, estuvo afiliada a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., a través de su empleador ALCA INGENIERÍA S.A.S., entre el 05 de agosto de 2011 y el 30 de noviembre de 2013, fecha a partir de la cual y hasta el año 2020, fue vinculada para Riesgos Laborales, a la ARL COLMENA, como se advierte de la documental obrante en el archivo 16, folios 200 y 498 a 505, correspondientes al informe de accidente de trabajo y las planillas de autoliquidación de aportes, donde se reporta como “*Código ARL 14-25*”, que, conforme al listado de códigos PILA de Administradoras del Sistema de Protección Social, corresponde a la ARL COLMENA, por lo que, habría lugar a confirmar la decisión de la *a quo*, en cuanto consideró que no se podía imponer a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., la obligación de cancelar unas incapacidades otorgadas en un periodo distinto al de afiliación de la trabajadora.

Sin embargo, no debe perderse de vista que, la señora TOTE YACE, sufrió un accidente de trabajo, el 01 de diciembre de 2011, el cual fue calificado por AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fls. 30-63 archivo 23) dentro de las cuales se determinó como secuela del mismo, los diagnósticos “*S300 Contusión de la región lumbosacra y de la pelvis*” y “*S400 Contusión del hombro y del brazo*”; y, de acuerdo a lo establecido en el inciso cuarto del parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, “*La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá **responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento**, tanto en el momento inicial **como frente a sus secuelas**, independientemente de que el trabajador **se encuentre o no afiliado a esa administradora***” (negrilla fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, siendo las afecciones denominadas “*Contusión de la región lumbosacra y de la pelvis*” y “*Contusión del hombro y del brazo*”, una consecuencia del accidente de trabajo acaecido el 01 de diciembre de 2011, contrario a lo expuesto por la Juez de Instancia, el pago de las incapacidades laborales generadas por dichos diagnósticos, sí están a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., por ser la aseguradora de Riesgos Laborales, a la cual se encontraba afiliada la trabajadora, al momento del accidente de trabajo y tratarse de las secuelas producidas por éste; sin que, el reporte extemporáneo del mismo, por parte de la demandante, hasta el año 2016, sirva de excusa para que esa demandada, se rehúse reconocer las prestaciones económicas derivadas del accidente.

Por lo tanto, se revocará el ordinal primero de la sentencia apelada, para en su lugar, ordenar a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., a reembolsar al empleador, el valor de las siguientes incapacidades, que se demostró son de origen laboral, por diagnóstico “*S300 Contusión de la región lumbosacra y de la pelvis*”, teniendo en cuenta como IBL, el salario mínimo mensual legal vigente

para cada anualidad, esto es, para el año 2018 la suma de \$781.242, para el 2019 de \$828.116 y para el 2020 de \$877.803, así:

No. Incapacidad	Desde - Hasta	Diagnóstico	Días	Valor
4642598	05/10/2018 - 19/10/2018	S300	15	\$ 390.621,00
4703757	02/11/2018 - 16/11/2018	S300	15	\$ 390.621,00
4798086	17/11/2018 - 30/11/2018	S300	14	\$ 364.579,60
4774444	03/12/2018 - 17/12/2018	S300	15	\$ 390.621,00
4813177	18/12/2018 - 27/12/2018	S300	10	\$ 260.414,00
4834147	28/12/2018 - 11/01/2019	S300	15	\$ 597.650,00
4867934	12/01/2019 -14/01/2019	S300	3	\$ 82.811,60
4868072	15/01/2019 - 15/01/2019	S300	1	\$ 27.603,87
4885247	22/01/2019 - 05/02/2019	S300	15	\$ 414.058,00
4923342	06/02/2019 - 12/02/2019	S300	7	\$ 193.227,07
4940805	13/02/2019 - 19/02/2019	S300	7	\$ 193.227,07
4957645	20/02/2019 - 01/03/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5032940	21/03/2019 - 30/03/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5057235	01/04/2019 - 10/04/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5085859	11/04/2019 - 21/04/2019	S300	11	\$ 303.642,53
5112976	25/04/2019 - 04/05/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5136777	06/05/2019 - 15/05/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5166269	16/05/2019 - 25/05/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5212246	04/06/2019 - 13/06/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5242962	14/06/2019 - 23/06/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5267727	25/06/2019 - 04/07/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5294045	05/07/2019 - 14/07/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5316672	15/07/2019 - 24/07/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5346003	25/07/2019 - 03/08/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5372918	05/08/2019 - 14/08/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5397649	15/08/2019 - 24/08/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5422815	26/08/2019 - 04/09/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5451991	05/09/2019 - 14/09/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5482979	16/09/2019 - 25/09/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5512243	26/09/2019 - 05/10/2019	S300	10	\$ 276.038,67
5555349	07/10/2019- 21/10/2019	S300	15	\$ 414.058,00
5663319	21/11/2019 - 05/12/2019	S300	15	\$ 414.058,00
5728216	06/12/2019 - 13/12/2019	S300	8	\$ 220.830,93
5868808	10/02/2020 - 17/02/2020	S300	8	\$ 234.080,80
5909665	25/02/2020 - 27/02/2020	S300	3	\$ 87.780,30
VALOR TOTAL INCAPACIDADES DE ORIGEN LABORAL				\$ 9.948.581,00

En consecuencia, se condenará a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., al reembolsar a la demandante, la suma de NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE (\$9.948.581,00), debidamente indexada al momento de su pago, por las incapacidades de origen laboral, concedidas a la trabajadora Ricardina Tote Yace, entre el 05 de octubre 2018 y el 20 de febrero de 2020; sin que resulte válido el argumento expuesto por esa demandada, respecto a su exoneración del pago de las mismas, por haber emitido dictamen de calificación de pérdida de la

capacidad laboral, comoquiera que, éste sólo definió el origen de las patologías que presentaba la señora Tote Yace, sin que se demostrara que ésta fue reubicada en su trabajo o se le concedió la pensión de invalidez.

Ahora, en cuanto al recurso de apelación de la demandada **NUEVA EPS**, revisada la totalidad de incapacidades que reposan en el archivo 16 del expediente digital, encuentra la Sala, que, contrario a lo señalado por esta parte, las concedidas del 07 al 21 de enero de 2018 y del 06 al 20 de julio de 2018, sí se encuentran probadas en el proceso y, además, son de origen común (fls 39 y 89 Archivo 016), por lo tanto, es de su cargo, cumplir con el pago de éstas.

Respecto a las incapacidades del 22 de enero al 05 de febrero de 2019 (fl 137 Archivo 16), del 13 al 19 de febrero de 2019 (fl. 145 Archivo 16) y del 26 de septiembre al 05 de octubre de 2019 (fl. 331 Archivo 16), le asiste razón a esta demandada, debido a que se concedieron a la trabajadora, por diagnóstico “S300 *Contusión de la región lumbosacra y de la pelvis*”, lo que, significa que son de origen laboral y no le corresponde a esa EPS, su pago; y, en cuanto a la incapacidad otorgada del 16 al 18 de enero de 2020 (fl. 265 Archivo 16), ésta es de origen común, por enfermedad general, *lumbalgia no especificada*, debiendo ser cancelada por la NUEVA EPS.

Lo anterior, conduce a la Sala, a modificar el ordinal segundo de la sentencia de Primer Grado, para en su lugar, condenar a la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – NUEVA EPS S.A., a cancelar a la demandante, la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$2.411.685), por concepto de reembolso de incapacidades de origen común, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago.

Finalmente, en relación con la condena en costas impuesta a la NUEVA EPS, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releve de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la misma; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse sobre el valor de las agencias en derecho fijadas por la Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas “*solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*”; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la parte recurrente deberán manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada NUEVA EPS.

Sin COSTAS en esta Instancia, dada la prosperidad de los recursos interpuestos. Se revocan las de Primera Instancia, impuestas a la parte demandante, para en

su lugar también condenar a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., al pago de las mismas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal primero de la sentencia proferida el diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023), por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, a reconocer y pagar a favor de **ALCA INGENIERÍA S.A.S.**, la suma de **NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE** (\$9.948.581,00), debidamente indexada al momento de su pago, por las incapacidades de origen laboral, concedidas a la trabajadora Ricardina Tote Yace, entre el 05 de octubre 2018 y el 20 de febrero de 2020, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

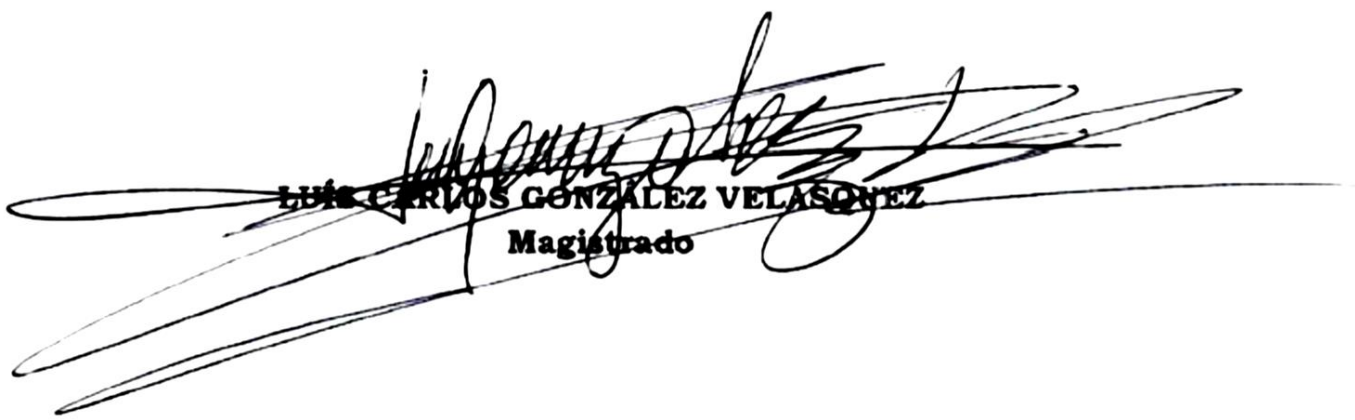
SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023), por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, para **CONDENAR** a la **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – NUEVA EPS S.A.**, a cancelar a la demandante, **ALCA INGENIERÍA S.A.S.**, la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$2.411.685), por concepto de reembolso de incapacidades de origen común reconocidas a su trabajadora RICARDINA TOTE YACE, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

TERCERO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se REVOCAN las costas de Primera Instancia, a cargo del demandante, debiéndose imponer a la demandada AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026201800133-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Invalidez.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes demandante y demandada COLMENA SEGUROS S.A., contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **GUSTAVO ENRIQUE ORTIZ** en contra de **COLMENA SEGUROS S.A.** y la vinculada como litisconsorte necesario **DRUMMOND LTD.**

ANTECEDENTES

GUSTAVO ENRIQUE ORTIZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLMENA SEGUROS S.A., para que, se declare que tiene derecho a la reliquidación de la pensión de invalidez por enfermedad laboral, comoquiera que no tuvo cotizaciones al Sistema de Riesgos Laborales entre mayo de 2015 y abril de 2016, cuando estuvo en incapacidad temporal de origen profesional; que, se declare que las incapacidades temporales otorgadas entre el 13 de abril de 2015 y el 14 de noviembre de 2016, lo fueron sin solución de continuidad; que, se declare que el salario base de cotización que devengó para marzo de 2015, ascendió a la suma de \$4.771.000; que, se declare que para la interpretación del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, se debe aplicar el principio del *in dubio pro operario* contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política; en consecuencia, solicita de manera principal que se condene a la ARL COLMENA a reliquidar el auxilio por incapacidad temporal por enfermedad profesional, causado entre el 03 de abril de 2015 y el 14 de noviembre de 2015, tomando como salario base la suma de \$4.771.000; que, se condene a la ARL COLMENA a reliquidar la primera mesada de la pensión de invalidez, tomando como salario \$4.771.000 junto con las diferencias pensionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó que, se reliquide la pensión de invalidez,

tomando como salario base el promedio de los aportes realizados a salud y pensión entre abril de 2015 y mayo de 2015, esto es, \$3.938.714,55 o en su defecto el promedio del salario base de cotización para salud y pensión, durante el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez, es decir, entre abril de 2014 y mayo de 2015, equivalente a \$3.715.725,16, con las diferencias pensionales, los intereses moratorios, la indexación de las diferencias, lo ultra y extra petita y las costas del proceso, con las correspondientes agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, laboró para la DRUMMOND LTD, entre el 13 de mayo de 2005 y el 23 de diciembre de 2016, mediante contrato de trabajo a término indefinido, vínculo que finalizó por reconocimiento de la pensión de invalidez de origen profesional; que, en vigencia de la relación laboral estuvo afiliado para el riego de salud, a SALUCOOP, a la AFP PORVENIR S.A., para pensión y para riesgos laborales a COLMENA VIDA Y RIESGOS PROFESIONALES ARL.

Relacionó los salarios devengados entre los años 2009 y 2016, e indicó que, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 20 de octubre de 2016, lo calificó con una PCL del 55.97%, estructurada el 14 de abril de 2015, de origen profesional; que, las incapacidades médicas temporales que le eran otorgadas fueron tramitadas y pagadas por su empleador DRUMMOND LTD, habiendo recibido de manera ininterrumpida las mismas entre el 13 de abril de 2015 y el 14 de noviembre de 2016, lapso de tiempo durante el cual no recibió salario, ni le fueron canceladas las incapacidades con el salario base de cotización para marzo de 2015 equivalente a \$4.771.000, sino que se le liquidaron bajo el salario base de \$2.653.000.

Manifestó que, la ARL COLMENA le reconoció la pensión de invalidez de origen profesional desde el 02 de mayo de 2015, con el promedio del salario base de cotización a riesgos laborales durante el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez, esto es, del 14 de abril de 2015 al 14 de abril de 2016, sin tener en cuenta que entre el 13 de abril de 2015 y el 14 de abril de 2015, se encontraba incapacitado y no recibió salario, sino un auxilio por incapacidad medica temporal; que, la ARL demandada, para calcular el salario base de la pensión de invalidez, no tuvo en cuenta los salarios base de cotización que fueron registrados por el empleador Drummond Ltd, en la planilla de aportes a parafiscales, otorgándole un monto del 60% de dicho salario (fls. 2-19 Archivo 01).

Contestación de la demanda

Notificada de la demanda, **COLMENA SEGUROS S.A.**, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones; en cuanto a los hechos, en su mayoría dijo no ser ciertos o no constarle; argumentando en su defensa que, para la

liquidación de la pensión de invalidez del demandante, tuvo en cuenta el promedio del salario base de cotización durante el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la enfermedad profesional, es decir, el causado entre mayo de 2015 y abril de 2016, en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012; que, las incapacidades médicas otorgadas al señor Gustavo Enrique Ortiz Barrera, sí fueron interrumpidas, durante diferentes lapsos de tiempo, debiendo haber recibido salario para parte de su empleador, como efectivamente se reportó a esa ARL. Propuso la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, solicitando la integración al proceso de la DRUMMOND LTD. Además, formuló las excepciones de fondo que denominó falta de causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y la genérica (fls. 175-190 Archivo 01).

Dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 11 de febrero de 2019, el *a quo*, al resolver la excepción previa propuesta por la AFP PORVENIR S.A., ordenó vincular a la **DRUMMOND LTD**, en calidad de litisconsorte necesario (fl. 217 Archivo 01), quien contestó oportunamente la demanda, no se pronunció frente a las pretensiones por no dirigirse en su contra, aceptó la mayoría de los hechos, especialmente los relacionados con el vínculo laboral entre el demandante y esa Compañía. Aclaró que, durante la relación laboral, el demandante presentó múltiples incapacidades de origen laboral y común, que fueron reconocidas y pagadas por la empresa, de acuerdo a los reconocimientos efectuados por las entidades del Sistema de Seguridad Social y con fundamento en los salarios base de cotización para salud y pensión, pues, durante los periodos de incapacidad cesa para el empleador la obligación de cotizar a riesgos laborales. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, pago, compensación, la genérica y prescripción (fls. 235-242 Archivo 01).

Reforma de la demanda

Dentro de la oportunidad procesal prevista en el artículo 28 del CPTSS, la parte demandante, reformó las pretensiones condenatorias y los hechos de la demanda, solicitando que se condene a la ARL COLMENA y a DRUMMOND LTD a reliquidar el auxilio por incapacidad temporal por enfermedad profesional, tomando como salario base de cotización el anterior a la última incapacidad continua, en marzo de 2015 de \$4.771.000 o la cifra que resulte superior; que, se reliquide la primera mesada de la pensión de invalidez, tomando como salario base de liquidación el devengado a marzo de 2015 de \$4.771.000 o la cifra que resulte, junto con las diferencias e intereses moratorios. De manera subsidiaria pretende que, se condene a la ARL COLMENA y a DRUMMOND LTD, a reliquidar la pensión de vejez, tomando como salario base de liquidación el promedio del salario base de cotización sobre el cual se cotizó a salud y pensión entre abril de 2015 y mayo de 2016, de \$3.938.714,88 o el correspondiente al año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, de abril de 2014 a mayo de 2015 por \$3.715.725,16, más las

diferencias pensionales, intereses de mora e indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso, incluyendo las correspondientes agencias en derecho.

En cuanto a los hechos, los adicionó advirtiendo que la ARL COLMENA no pagó las incapacidades médicas de origen laboral de conformidad con el salario base de cotización devengado durante los periodos sobre los cuales se debe liquidar la pensión de vejez, esto es, desde abril de 2015 hasta abril de 2016; relacionó los reportes de nómina expedidos por la DRUMMOND LTD desde el 23 de marzo de 2015 y hasta diciembre de 2016; que, la ARL COLMENA, no tuvo en cuenta para la liquidación de las incapacidades ni la pensión de invalidez, lo salarios registrados por la empresa, tanto en los desprendibles de nómina, como en los aportes a la Seguridad Social; que, de acuerdo con el salario base registrado por la empresa DRUMMOND LTD, el valor de la mesada pensional sería de \$2.895.047,30 y no de \$1.457.712 como se la otorgó la ARL demandada; que, la ARL COLMENA, no tomó en cuenta el salario base de liquidación devengado porque las incapacidades fueron reconocidas tiempo después y como consecuencia de varias órdenes judiciales proferidas por vía de tutela (fls. 312-320 Archivo 01).

Tanto la **DRUMMOND LTD**, como **COLMENA SEGUROS S.A.**, se opusieron a las pretensiones de la reforma de la demanda, insistiendo en los argumentos y excepciones de sus contestaciones (fls. 322-341 Archivo 01).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 27 de julio de 2021, el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLMENA SEGUROS S.A., a pagar al demandante, las diferencias pensionales debidamente indexadas, desde la fecha del reconocimiento de la prestación, realizando el correspondiente incremento pensional y tomando como primera mesada pensional la suma de \$1.670.120; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó en costas a COLMENA SEGUROS S.A.

Del recurso de apelación

Inconformes con la anterior decisión las apoderadas del demandante y la demandada COLMENA SEGUROS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **demandante**, solicitó modificar la condena impuesta y se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, considerando que, una indebida aplicación del literal b) del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, respecto a la interpretación del concepto de ingreso base de cotización que se tiene en cuenta para la liquidación de la pensión de invalidez de origen profesional, ya que dicha norma dispone que lo será el promedio del último año o fracción de año anterior a la fecha en que se calificó en primera oportunidad el origen de la enfermedad laboral, que no es el que a bien quiso reportar el empleador a la ARL, sino el

reportado para efectuar todos los aportes al sistema de seguridad social Integral y que se registró en las planillas de seguridad social, de los cuales eran conocedores tanto la DRUMMOND LTD., como COLMENA SEGUROS S.A., ya que se encuentra reportado en múltiples planillas de autoliquidación de aportes, como en los pagos de las incapacidades otorgadas al demandante y desconocerlas constituye una clara vulneración al principio de la unidad, pues, los aportes a riesgos laborales deben estar acorde con los reportados a salud y pensión; que, la Juez de instancia, hizo una indebida interpretación de la documental relativa a la liquidación de la pensión de invalidez practicada por la ARL, así como de los desprendibles de nómina y planillas de aportes.

En cuanto a la liquidación de la incapacidad temporal, entre mayo de 2015 y abril de 2016, dijo que se dejó de aplicar lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, desconociendo que tales incapacidades corresponden a las mismas enfermedades que se calificaron como de origen profesional tanto por la ARL como por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; además que, la norma no exige medios probatorios específicos donde se determine que la enfermedad sobre la cual se reconoció la incapacidad médica sea de origen común o profesional; insistió, en que las incapacidades otorgadas al señor Gustavo Ortiz, fueron continuas, como se dispone en la resolución 2266 de 1998 y del mismo origen; y que, aunque en un comienzo algunas incapacidades de las otorgadas al demandante, fueron consideradas de origen común y otras profesional, tales patologías fueron finalmente calificadas como profesionales de acuerdo al dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Finalmente alega una apreciación errónea de la demanda, por parte de la *a quo*, en relación con la declaratoria de continuidad de las incapacidades temporales y la reliquidación de las mismas, donde se mencionan periodos desde marzo de 2015 a noviembre de 2016, que corresponde al lapso de tiempo en que el trabajador estuvo incapacitado y que también hace parte de la liquidación de la pensión de vejez.

La demandada **COLMENA SEGUROS S.A.**, alegando que en el proceso quedó demostrado que las incapacidades del demandante no fueron continuas, que hubo tiempos en los laboró y que esos periodos fueron debidamente reportados por su empleador, razón por la cual esa ARL, acogiéndose a la ley, verificó la fecha de estructuración de la invalidez y sobre eso tomó el último año de cotización para liquidar la mesada pensional, resultando incompresible cuál fue la operación aritmética que realizó la *a quo*, para sólo tomar un mes, el de mayo de 2015 y reliquidar la pensión de invalidez.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandada DRUMMOND LTD a través de su apoderado, solicita se confirme la sentencia apelada, por su parte, la apoderada del demandante solicita se accedan a todas las pretensiones, para lo cual concluyo que la ARL debió pagar las incapacidades

sin que sea excusa el no reporte de un salario base de cotización, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar, *i)* si procede o no la reliquidación de la pensión de invalidez de origen profesional, de la cual es beneficiario el demandante, en los términos solicitados por él; y, *ii)* si, igualmente, procede el reajuste de las incapacidades temporales otorgadas a este antes del reconocimiento del derecho pensional.

DE LA CONDICIÓN DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No fue objeto de discusión en el proceso que según dictamen 77034869-15601 del 20 de octubre de 2016, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el señor GUSTAVO ENRIQUE ORTIZ BARRERA, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 55.97%, estructurada del 14 de abril de 2016, por enfermedad laboral.

Igualmente quedó demostrado que, COLMENA SEGUROS S.A., mediante declaratoria No. EL 25554 del 02 de diciembre de 2016, le otorgó al demandante, pensión de invalidez, tomando como IBL, la suma de \$2.429.519 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 60%, arrojando una mesada de \$1.457.712

DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

Insiste la parte demandante, en la reliquidación de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta el IBC del último año o fracción de año anterior a la fecha en que se calificó la enfermedad laboral, que debe corresponder al reportado por el empleador, para efectuar todos los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y que se registró en las planillas de pago de la Seguridad Social Integral. Por su parte, la demandada COLMENA SEGUROS S.A., se opuso a la condena impuesta, alegando que, en cumplimiento de las disposiciones legales, verificó la fecha de estructuración de la invalidez del demandante y sobre eso tomó el último año de cotización para liquidar la mesada pensional, sin que proceda reajuste alguno, menos aún el ordenado por la Juez de primer grado, donde sólo tuvo en cuenta un mes de cotización, mayo de 2015, para variar el valor de la prestación, sin una justificación entendible.

Al respecto, en cuanto al Ingreso Base de Liquidación de las prestaciones económicas reconocidas por el Sistema de Riesgos Laboral y ocasionadas por una enfermedad laboral, el literal b) del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, señala:

“ARTÍCULO 5o. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas lo siguiente:

(...)

b) Para enfermedad laboral

El promedio del último año, o fracción de año, del Ingreso Base de Cotización (IBC) anterior a la fecha en que se calificó en primera oportunidad el origen de la enfermedad laboral...”.

Por lo tanto, la base de cotización para la pensión de invalidez, causada por una enfermedad laboral, corresponderá al ingreso base de cotización, reportado por el empleador, en este caso DRUMMOND LTD, a nombre del demandante, en el último año anterior a la estructuración de la invalidez, es decir, mayo de 2015 a abril de 2016, al cual se le aplicará el porcentaje indicado como monto de la pensión previsto en el literal a) del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, que dispone: *“Cuando la invalidez es superior al 50% e inferior al 66%, tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al 60% del ingreso base de liquidación”*

Ahora bien, téngase en cuenta que, durante el periodo de incapacidad del trabajador, conforme a lo señalado en el inciso primero del artículo 3.2.1.10. del Decreto 780 de 2016, en concordancia con el artículo 2.2.4.2.1.6. del Decreto 1072 de 2015, el empleador, sólo deberá cotizar a Salud y Pensión, más no a Riesgos Laborales.

Así pues, en el presente caso, conforme a la documental obrante de folios 39 a 82 (archivo 1), se encuentra probado que el demandante, estuvo incapacitado de manera continua, durante el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, entre mayo de 2015 y abril de 2016 y, por tanto, su empleador DRUMMOND LTD., sólo realizó cotizaciones a Riesgos Laborales, durante los meses de mayo, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2015, periodos dentro de los cuales sí prestó sus servicios, pues, respecto a los demás ciclos el demandante, se encontraba gozando de incapacidades temporales.

Por lo tanto, COLMENA SEGUROS S.A., para obtener el IBL de la pensión de vejez otorgada al señor ORTIZ BARRERA, sólo tuvo en cuenta el IBC correspondiente a mayo, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2015, como acreditó con la documental de folios 134 y 191 a 194 (archivo 01), lo que, para esta Sala, no resulta acertado, pues, independientemente de que el demandante, haya estado en incapacidad en los meses restantes, aún se encontraba reportado como trabajador activo de DRUMMOND LTD, cumpliendo

ésta con el pago de los demás riesgos, de acuerdo a los ingresos realmente devengados por el demandante; por lo tanto, dada la indivisibilidad de la cotización al Sistema Integral de Seguridad Social, bien pudo la ARL demandada, aplicar para la liquidación de la pensión de invalidez, en aquellos periodos en que no cotizó para Riesgos Laborales, los IBC reportados por el empleador, para cubrir los riesgos de salud y pensión, que sí se encuentran debidamente probados en el plenario.

Téngase en cuenta que, no puede esta Sala, acceder a lo pretendido por la parte demandante, respecto a tomar salarios, anteriores al último año de servicios previo a la estructuración de la invalidez, lo que, sería contrario a la norma; y, menos aún reconocer como tales los señalados en la demanda, pues, no se encuentran específicamente reportados ni en los desprendibles de nómina, los comprobantes no oficiales de pago o las planillas de autoliquidación de aportes.

Así las cosas, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, por concepto de la reliquidación de la pensión de vejez, a favor del demandante, se obtiene lo siguiente:

RELIQUIDACION PENSIÓN DE INVALIDEZ	
Fecha de estructuración: 14 de abril de 2016	
MES	IBC REPORTADO
may-15	\$ 88.000,00
jun-15	\$ 6.105.000,00
jul-15	\$ 5.704.000,00
ago-15	\$ 2.653.000,00
sep-15	\$ 5.798.000,00
oct-15	\$ 2.653.000,00
nov-15	\$ 644.350,00
dic-15	\$ 2.787.000,00
ene-16	\$ 1.283.000,00
feb-16	\$ 2.653.000,00
mar-16	\$ 7.841.000,00
abr-16	\$ 1.779.400,00
Salario Promedio Año	\$ 3.332.395,83
IPC Mensual Inicial 14/05/2015	85,12
IPC Mensual Final 14/04/2016	91,63
IBC Actualizado a 2016	\$ 3.587.258,34
Tasa de Reemplazo	60%
Primera Mesada Pensional	\$ 2.152.355,01

Teniendo en cuenta lo anterior, se modificará el ordinal primero de la sentencia apelada, para en su lugar, CONDENAR a COLMENA SEGUROS S.A., a reliquidar la pensión de invalidez de origen laboral del demandante, teniendo en cuenta como primera mesada pensional, la suma de **\$2.152.355**, a partir del 14 de abril de 2016, junto con los reajustes legales anuales a que haya lugar. Igualmente, se adicionará el ordinal quinto a la sentencia apelada, ordenando a la demandada a cancelar por concepto de diferencias pensionales,

la suma de **\$69.339.039**, hasta la fecha de la presente decisión, debiendo hacer los reajustes pertinentes al momento del pago, conforme a lo señalado en el inciso segundo del artículo 283 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS.

DE LA RELIQUIDACIÓN DEL AUXILIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL DE ORIGEN LABORAL

También insiste la parte demandante en su recurso, en que se debe ordenar la reliquidación de los auxilios por incapacidad temporal, otorgados entre el 13 de abril de 2015 y el 14 de noviembre de 2016, pues, se dejó de aplicar lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, desconociendo que tales incapacidades corresponden a las mismas enfermedades que se calificaron como de origen profesional tanto por la ARL como por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; además que, la norma no exige medios probatorios específicos donde se determine que la enfermedad sobre la cual se reconoció la incapacidad médica sea de origen común o profesional; que, las incapacidades fueron continuas, conforme a lo dispuesto en la Resolución 2266 de 1998; y que, aunque algunas de ellas fueron consideradas de origen común y otras profesional, tales patologías fueron finalmente calificadas como profesionales, por lo que, procede su reajuste, tomando como salario base la suma de \$4.771.000.

Al respecto, sea lo primero señalar que, efectivamente conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, *“Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y **siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta días (30) días calendario**”*. (Subraya y Negrilla fuera de texto).

Asimismo, en virtud de lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012:

“ARTÍCULO 5o. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas lo siguiente:

(...)

PARÁGRAFO 2o. Para el caso del pago del subsidio por incapacidad temporal, la prestación será reconocida con base en el último (IBC) pagado a la Entidad Administradora de Riesgos Laborales anterior al inicio de la incapacidad médica las Administradoras de Riesgos Laborales deberán asumir el pago de la cotización a pensiones y salud, correspondiente a los empleadores o de los trabajadores independientes, durante los periodos de incapacidad temporal y hasta por un Ingreso Base de Cotización equivalente al valor de la

incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley 100 de 1993...”.

Así las cosas, revisados los certificados de licencias o incapacidades expedidos por SALUDCOOP EPS (fls. 37-82 Archivo 01), como señaló la Juez de Primera Instancia, no todas fueron otorgadas al demandante, producto de su enfermedad laboral y, en todo caso también se presentaron interrupciones, entre las causadas del 13 de abril de 2015 al 14 de noviembre de 2016, dentro de las cuales el trabajador, se reintegró a sus labores y dada la naturaleza variable de su salario, no podría, como lo pretende la parte demandante, tomarse únicamente el salario anterior a la primera incapacidad para liquidar todas las demás, lo que conduce a la Sala, a confirmar la decisión absolutoria impuesta por la Juez de primer grado, en este sentido.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes. Costas en esta instancia a cargo de la demandada COLMENA SEGUROS S.A., al haberse desatado desfavorablemente su recurso. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal primero de la sentencia proferida el 27 de julio de 2021, por el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada **COLMENA SEGUROS S.A.**, a reliquidar la pensión de invalidez de origen laboral del demandante **GUSTAVO ENRIQUE ORTIZ BARRERA**, teniendo en cuenta como primera mesada pensional, la suma de DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$2.152.355), a partir del 14 de abril de 2016, junto con los reajustes legales anuales a que haya lugar, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal quinto a la sentencia apelada, ordenando a la demandada **COLMENA SEGUROS S.A.**, cancelar al señor **GUSTAVO ENRIQUE ORTIZ BARRERA**, la suma de SESENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$69.339.039), por concepto de diferencias pensionales, hasta la fecha de la presente decisión, debiendo efectuar los reajustes pertinentes a este valor al momento del pago, conforme a lo señalado en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLMENA SEGUROS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor del demandante. Se CONFIRMAN las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105022202200143-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión Anticipada de Vejez en la modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en contra de la sentencia proferida el 03 de noviembre de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUZ STELLA RUÍZ VANEGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

LUZ STELLA RUÍZ VANEGAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 07 de julio de 2019; que, se declare que la demandada, no le dio información suficiente, clara y oportuna relacionada con la forma de causar el derecho en el RAIS y las distintas modalidades de pensión de vejez existentes en dicho Régimen; en consecuencia, que, se condene a la demandada, a reliquidar y pagar la pensión de vejez, del 07 de julio de 2019 hasta el mes de mayo de 2021, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dentro de las mismas fechas, la indexación, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 28 de abril de 1962 y comenzó a cotizar para pensión a través del RPM, desde enero de 1985 a través del empleador Banco Santander; que, entre el 17 de

octubre de 1989 y el 31 de agosto de 1995, estuvo vinculada con la Contraloría de Bogotá y después del 1 de abril de 1994, continuó cotizando al ISS, donde acumuló un total de 334,62 semanas hasta agosto de 1995 cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., cotizando hasta junio de 2019 un total de 1220 semanas en esa misma Administradora, para un total cotizado en toda su vida laboral de 1.552,28 semanas.

Indicó que, el 07 de junio de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez “*anticipada*”, en la modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional; no obstante, la AFP, no le informó de manera suficiente las modalidades pensionales del RAIS, ni tampoco le explicó que su bono pensional Tipo A, no podía negociarse anticipadamente, previo a radicar los documentos para obtener la prestación, negándole el derecho mediante comunicación del 08 de abril de 2020.

Refirió que, para enero de 2021 tenía en su cuenta de ahorro individual la suma de \$273.472.188 y un bono pensional por \$13.970.490 con fecha de corte 04 de agosto de 1995; que, el 09 de abril de 2021, radicó petición ante PROTECCIÓN S.A., solicitando información en cuanto a los requisitos que debía acreditar para el pago de la pensión de vejez, a lo que, ésta le contestó el 20 de abril de 2021, sin brindarle ninguna información, ni respuesta de fondo, por lo que, reiteró su solicitud el 10 de mayo de 2021 y, finalmente, mediante respuesta del 20 de mayo de 2021, la Administradora demandada, le reconoció que tenía derecho a una pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado sin negociación de bono (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la contestó oportunamente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; negó la mayoría de los hechos y, argumentó en su defensa que, en el RAIS, la procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez, obedece a factores actuariales de suficiencia de capital, para lo cual deberá existir certeza sobre los valores que integran el bono pensional, para estimar igualmente el saldo requerido para el reconocimiento de la pensión, hecho que solo se logra con su emisión, tal como lo estima el artículo 7 del Decreto 510 de 2003; y que, en el caso de la demandante, para el 9 de junio de 2019, éste estaba a cargo de BOGOTÁ D.C., pero no se encontraba siquiera emitido, quedando en firme sólo con la resolución 751 de 2022, ya que con anterioridad, mediante la resolución SP 1158 de 2019, se había dispuesto su emisión; sin embargo, el día 21 de febrero de 2020, aquella fue revocada por parte de su emisor y sólo vino nuevamente a decidirse al respecto, el 24 de mayo de 2022, remitiendo y autorizando su pago; indicó que, además, la cuota parte a cargo de la Nación, tampoco se encontraba emitida al 9 de junio de 2019, sino hasta el día 25 de marzo de 2020. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena

fe, innominada o genérica, prescripción e inexistencia de intereses moratorios (Archivo 04).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de noviembre de 2022, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, indicando que, luego de todo el análisis normativo realizado por la *a quo*, relacionado con el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, ella establece que, para junio de 2019, cuando se solicitó el derecho pensional en la modalidad de retiro programado anticipado sin la negociación de bono, la actora, tuvo el derecho a causar la pensión de vejez desde esa fecha; sin embargo, niega la pretensión de reliquidación, señalando que deben protegerse los intereses futuros de la demandante, ya que, podría desfinanciarse más adelante su cuenta de ahorro individual, argumento que no comparte, pues, insistió en que, desde junio de 2019 ya había causado el derecho pensional. Aseguró que, la Juez de Instancia, no hizo ningún pronunciamiento en relación con el incumplimiento de la demandada, al deber de información suficiente, debiendo ésta asumir el pago del retroactivo de sus recursos propios, al no haber liquidado oportunamente y de forma correcta la pensión de vejez reclamada desde el 07 de junio de 2019, aun teniendo el derecho, sin tocar la cuenta de ahorro individual de la demandante, asumiendo la AFP, el grado de responsabilidad por este hecho, ya que, es la Administradora de pensiones, quien cuenta con toda la información técnica para brindar la asesoría correcta y de no hacerlo debe asumir las consecuencias de tal equivocación; por lo que, solicitó revocar la decisión de Primera Instancia y acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, ninguna de las partes se pronunció al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación

presentado por la demandante, la Sala, deberá establecer, si procede o no la reliquidación de la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional, en los términos solicitados en el líbelo demandatorio.

DE LA CONDICIÓN DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

Quedó demostrado en el proceso, que, mediante comunicación del 19 de julio de 2021, PROTECCIÓN S.A., le notificó a la demandante, el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada, bajo la modalidad de retiro programado, sin negociación del bono pensional, en cuantía inicial de \$997.439, por 13 mesadas al año, junto con un retroactivo de \$1.030.687 del 30 junio al 30 de julio de 2021 (fls. 73-82 Archivo 01).

Tampoco fue objeto de discusión, que la demandante, es beneficiaria de un bono pensional tipo A, por sus servicios prestados a la Contraloría de Bogotá D.C., con fecha de redención normal, el 28 de abril de 2022 (fls. 34-40 Archivo 01 y 47 Archivo 04).

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Pretende la parte demandante, que se le reliquide la pensión anticipada de vejez, la cual debió ser concedida por la demandada, desde la fecha de su solicitud, el 07 de julio de 2019, ya que, para entonces reunía el capital suficiente para que se hubiese ordenado su reconocimiento a partir de ese momento y, no dos años después; debiendo asumir la AFP, de su patrimonio propio, el valor de dicho reajuste, ante su incumplimiento en el deber de información y correcta administración de los aportes de la actora.

Sea lo primero señalar que, el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, al cual pertenece la demandante, se fundamenta en un esquema de capitalización individual, donde los aportes del afiliado se depositan en una cuenta de ahorro individual, constituyendo así su reserva propia, que, junto a los rendimientos financieros y bonos pensionales, será destinada a financiar las prestaciones pensionales.

Para acceder a la pensión de vejez, en el RAIS, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.”

En el RAIS, entonces, se podrá acceder a la pensión de vejez, “a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente...”; por lo que, contrario al RPM, no es necesario el cumplimiento de una edad determinada, ni reunir un número específico de semanas cotizadas; siendo suficiente contar con el capital necesario, en la cuenta de ahorro individual, para que, a cualquier edad, la persona se pueda acceder al derecho pensional; no obstante, en caso de llegar a los 57 años de edad, la mujeres y, 62 en los hombres, sin reunir dicho capital, habiendo cotizado un total de 1.150 semanas, sus afiliados, tiene la posibilidad de acceder a la garantía de pensión mínima, prevista en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, donde el Estado, contribuye con el valor faltante para reconocer la pensión mínima de vejez.

Así entonces, al solicitar la pensión anticipada de vejez, su monto dependerá del capital total acumulado en la cuenta de ahorro individual del trabajador, los rendimientos que dicho capital haya generado y el bono pensional, si a ello hubiese lugar, pero, además, dependerá de la modalidad pensional elegida, reguladas éstas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 y la Circular 013 de 2012 de la Superintendencia Financiera, y que corresponden al retiro programado, renta vitalicia, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, retiro programado sin negociación del bono pensional y renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, las cuales tienen sus propias particularidades y formas de cálculo, estando la AFP, en la obligación de informar de manera clara y suficiente dichas características, para que, se haga una elección de la modalidad pensional más conveniente para el afiliado.

En lo que interesa para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe la Sala, centrar su análisis en la modalidad pensional del retiro programado sin negociación de bono pensional, elegida por la demandante, al momento de solicitar el derecho cuyo reajuste pretende; ésta, al igual que el retiro programado simple, se encuentra a cargo de la AFP, quien la paga directamente de la cuenta de ahorro individual del afiliado; la mesada se calcula todos los años basándose en el capital existente en la cuenta de ahorro individual, su rentabilidad, las diversas variables económicas, y un eventual aumento o disminución en la esperanza de vida; es revocable y, en caso de disminución del capital, es deber de la Administradora, contratar una renta vitalicia para así asegurarle al pensionado un ingreso de por lo menos un salario mínimo; además, en caso de fallecimiento del pensionado los dineros pasan a la masa hereditaria, si no existieran beneficiarios de la prestación, pero, su característica particular, es que, la persona se pensiona, sin haber redimido el bono pensional, que sólo

recibirá en la fecha de su vencimiento o redención normal, sin tener que negociarlo anticipadamente por un menor valor.

De acuerdo a lo establecido en el numeral 3.4.3.1. de la Circular 013 de 2012 de la Superintendencia Financiera, para optar por esta modalidad de pensión, el saldo de la cuenta individual debe cubrir el 130% de las mesadas proyectadas, desde el momento en que se pensiona el afiliado hasta la fecha de redención normal del bono. En el instante en que se redime, el afiliado tendrá la posibilidad de escoger la modalidad de pensión definitiva. Además, en esta modalidad de pensión, los riesgos financieros son asumidos por el asegurado tal como lo prevé el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, para el retiro programado tradicional.

Ahora, en cuanto a la fecha exacta del reconocimiento pensional, en el RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2188 del 21 de abril de 2021, señaló:

“... debido a las particularidades propias de este régimen, la Sala ha considerado que la pensión de vejez, salvo las precisas excepciones legales, se causa y disfruta una vez esta se reconoce en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente para financiarla (CSJ SL1168-2019), esto es, cuando efectivamente se pensione. Precisamente, en esta providencia la Corporación expuso:

(...) en el RAIS no puede hablarse de una fecha de causación y disfrute de la pensión, estrictamente fijada, pues, se reitera, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, todo depende de la voluntad libre del afiliado y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual. En ese sentido, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 dispone diáfananamente que los afiliados «...tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley...»

A su turno, el artículo 12 del Decreto 1889 de 1994 dispone que «...para los efectos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, se entiende que el afiliado cumplió los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez cuando efectivamente se pensione por haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.»

Ahora bien, aunque en el RAIS no es posible identificar una regla fija e invariable de causación y disfrute de la pensión, lo cierto es que la figura del retroactivo pensional no es del todo ajena a su naturaleza y reglas, pues, en todo caso, existe una fecha cierta a partir de la cual se empieza a pagar la prestación, en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente. En ese sentido, una vez reconocida la pensión desde determinada fecha, es a partir de allí que se puede entender configurado el derecho a cualquier pago relativo a la prestación (subrayas originales).

En síntesis, la fijación de una fecha exacta del reconocimiento pensional no está supeditada a un criterio fijo o absoluto, sino que depende de las circunstancias de cada caso, en función del capital ahorrado y la voluntad libre del afiliado conforme a las posibilidades jurídicas de su situación pensional.

En este punto es relevante destacar que en el ámbito de la seguridad social, como derecho fundamental irrenunciable consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y que se presta con las características de un servicio público, las relaciones que surgen entre los distintos actores, entre ellos afiliados y administradora de

pensiones, están regidas por el principio de buena fe. En esa perspectiva, cada uno de ellos debe cumplir con los deberes y cargas que se le exigen y es necesario que exista total transparencia en la información que suministran, como de manera reiterada se ha precisado por la jurisprudencia en el caso de las administradoras pensiones.

Referente a los afiliados, para acceder a las pretensiones que reclaman deben cumplir no solo los requisitos que exigen las normas sustanciales como edad, tiempo de servicios o capital, sino también prestar su concurso en los trámites en los que se exija una actuación de su parte. Esto es relevante en materia de bonos pensionales, pues en muchos casos implican procesos complejos que si bien son ejecutados y coordinados por la AFP, requieren de la intervención del asegurado (CSJ SL4305-2018). En efecto, si esto no se lleva a cabo, no puede exigir el pago de la pensión y menos a cargo del patrimonio de la administradora de fondos de pensiones en cuanto no medie un comportamiento irregular de su parte, pues de lo contrario podría conllevar consecuencias jurídicas como el reconocimiento de una pensión provisional -artículo 21 del Decreto 656 de 1994, CSJ SL196-2019...”

Descendiendo al caso bajo estudio, encuentra la Sala, que, según cálculo elaborado por PROTECCIÓN S.A., el 07 de junio de 2019, **“El capital en la cuenta de Ahorro Individual, sin considerar el bono pensional, cubre el 130% de las mesadas pensionales hasta la redención”**, por lo que, para dicha data la actora, efectivamente pudo adquirir el derecho pensional de forma anticipada (fl. 14 Archivo 04); no obstante, debe recordarse que dicho capital es variable y está sujeto a las condiciones del mercado bursátil, por lo tanto, mediante comunicación del 08 de abril de 2020, la demandada, le informó que, le negaba este derecho, pues, **“luego de realizar el cálculo definitivo con la proyección del bono pensional en la modalidad seleccionada por usted en la radicación del trámite de pensión (...) el capital no es suficiente para financiar una mesada pensional del salario mínimo como lo establece la Ley 100 de 1993 en su artículo 62”** (fl. 41 Archivo 01).

Así las cosas, aun cuando efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se lograra establecer que el capital de la cuenta individual de la demandante, para el 07 de junio de 2019, era suficiente para reconocerle la pensión anticipada de vejez, no puede desconocerse que, en el RAIS, al constituirse ésta con el dinero ahorrado, como acertadamente lo señaló la Juez de Instancia, el valor de las correspondientes mesadas no reconocidas por la AFP, entre esa fecha y la de redención del bono pensional, el 28 de abril de 2022, deberían ser canceladas con cargo al capital de la misma demandante, lo que iría en perjuicio de sus propios intereses, pues, necesariamente se debe dividir de nuevo el saldo de su cuenta de ahorro para financiar las mesadas adeudadas, lo que causaría una disminución en las sumas de dinero que deben emplearse para el pago de la pensión a futuro.

Y, aunque la parte actora solicita que el retroactivo sea imputado a la Administradora accionada, con cargo a su propio patrimonio, lo cierto es que, con la elección de esta modalidad pensional, la demandante, aceptó que la prestación debe ser cancelada directamente del ahorro de su cuenta individual, asumiendo el riesgo del mercado, en caso de reducción del capital. Nótese que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, en la

modalidad de retiro programado, las AFP, tiene la obligación de realizar controles de saldos de manera permanente respecto de las cuentas de ahorro individual, en aras de evitar una posible descapitalización de la misma y, sólo cuando las Administradoras de pensiones no toman las medidas necesarias para evitar la descapitalización de la cuenta pensional del afiliado, es que deberán asumir la suma que haga falta sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento de su deber legal, lo que no ocurre en el presente caso, donde PROTECCION S.A., sólo procedió al reconocimiento del derecho pensional, cuando tuvo certeza de que efectivamente el ahorro de la actora, resultaba suficiente para el pago de la prestación, sin poner el riesgo el mínimo vital de la señora RUÍZ VANEGAS.

Tampoco es posible aceptar el argumento, según el cual, la demandada, no le brindó a la actora, la suficiente información respecto a las características y condiciones de las distintas modalidades pensionales en el RAIS, pues, conforme a la documental que milita a folios 13 y 38 a 56 del archivo 04 del expediente digital, la señora LUZ STELLA RUÍZ VANEGAS, sí recibió asesoría al respecto, firmando los respectivos formularios como constancia de ello.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, a cargo de la demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el tres (03) de noviembre de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUZ STELLA RUÍZ VANEGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta Instancia a la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$580.000 a favor de la demandada. Se confirman las costas de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202000196-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Origen de accidente - Pensión de Sobrevivientes -- Convivencia.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **AIDÉ CALDERÓN MONTAÑO** actuando en nombre propio y en representación de sus hijas menores de edad **ANDREA CAMILA** y **LEIDY JULIANA ABRIL CALDERÓN** en contra de **INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

AIDÉ CALDERÓN MONTAÑO actuando en nombre propio y en representación de sus hijas menores de edad ANDREA CAMILA y LEIDY JULIANA ABRIL CALDERÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declarara la existencia de un vínculo laboral entre su compañero permanente fallecido JOSÉ DANIEL ABRIL MÁRQUEZ e INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., del 17 de octubre de 2014 hasta el 01 de junio de 2017, cuando falleció; que, se declare que el causante, desempeñaba el cargo de oficios varios, devengando como último salario la suma de \$2.500.000; que, la empleadora, no cotizó a Salud, Pensión y Riesgos Laborales, sobre el salario real; que, se deje sin valor y efecto el dictamen No. 161411132017/09/07 de determinación de origen

del accidente, emitido por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A; que, se declare que el accidente sufrido por el señor JOSÉ DANIEL ABRIL MÁRQUEZ, el 01 de junio de 2017 y en el cual éste perdió la vida, fue una contingencia laboral; que, se declare que, el accidente ocurrido el 01 de junio de 2017, lo fue con ocasión del trabajo y por culpa suficientemente comprobada por parte del empleador, en donde se vio involucrado el señor JOSÉ DANIEL ABRIL MÁRQUEZ, por la negligencia, imprudencia, impericia y omisión en que incurrió la sociedad INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S, por lo que debe pagarle a ella, en nombre propio y en representación de sus hijas, la indemnización total y ordinaria de perjuicios derivada del accidente de trabajo donde falleció su compañero permanente y padre.

También solicitó que se declare y condene a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, en un 50% para la señora AIDE CALDERÓN MONTAÑO, en su condición de compañera permanente del trabajador fallecido y el 50% a favor de sus hijas menores de edad ANDREA CAMILA y LEIDY JULIANA ABRIL CALDERÓN, junto con el retroactivo de las mesadas causadas desde el 01 de junio de 2017 y teniendo en cuenta la reliquidación de los aportes efectuada por INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., para efectos de liquidar la mesada pensional; que se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho del proceso.

De manera subsidiaria, solicitó que se condene a INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S. a reconocer y pagar la reliquidación de los aportes del señor JOSE DANIEL ABRIL MÁRQUEZ, a la AFP PORVENIR S.A., causados durante la ejecución del contrato de trabajo; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en un 50% a favor de la señora AIDÉ CALDERÓN MONTAÑO, en su condición de compañera permanente del trabajador fallecido y el restante 50% para sus hijas menores de edad ANDREA CAMILA y LEIDY JULIANA ABRIL CALDERÓN, con el retroactivo de las mesadas causadas desde el 01 de junio de 2017 y, teniendo en cuenta la reliquidación de los aportes efectuada por el empleador, para liquidar la mesada pensional.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el señor JOSÉ DANIEL ABRIL MÁRQUEZ, celebró contrato de trabajo a término indefinido con INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S, a partir del 17 de octubre de 2014, devengando como último salario la suma de \$2.500.000; que, el cargo para el cual fue contratado era de oficios varios, por lo que, dentro de sus funciones se encontraba supervisar las obras ubicadas en los municipios de Zipaquirá, Ubaté y Tocancipá, transportando y trasladando materiales o herramientas, entrega de nómina y/o documentos.

Indicó que, la demandada INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., no le brindó capacitaciones al trabajador, ni le entregó elementos de protección personal, tampoco ordenó la revisión o el mantenimiento preventivo para la operación de la motocicleta de placas RZT65D, en la cual se transportaba el causante.

Manifestó que, el 01 de junio de 2017, el señor JOSE DANIEL ABRIL MARQUEZ, se encontraba cumpliendo con su horario de trabajo, cuando recibió una orden directa de la señora YOHANA CASTELLANOS, secretaria de INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., que debía entregar 10 sobres contentivos del pago de la nómina quincenal, por lo cual debía trasladarse al sector de La Paz, en el municipio de Zipaquirá y proceder a la entrega del dinero a los trabajadores, que se encontraban allí, como generalmente lo hacía.

Que, en ejercicio de sus funciones, el señor Abril Márquez, quien se desplazaba en la motocicleta de placas RZT65D, por la vía Cogua – Zipaquirá, sufrió un aparatoso accidente de tránsito al colisionar con un camión, lo que le ocasionó su deceso inmediato; que, el 17 de agosto de 2017, SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., emitió concepto No. 201705601, determinando que el origen de la muerte del causante, fue con ocasión de un accidente de trabajo; que, el 13 de febrero de 2018, la AFP PORVENIR S.A., le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, informándole que, esa prestación estaba a cargo de la ARL.

Refirió que, el 12 de junio de 2018, radicó ante POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, solicitud de notificación y aclaración de la calificación del accidente sufrido por el trabajador, a lo que esa ARL, le respondió el 30 de julio de 2018, que, según dictamen, el accidente sufrido por el señor José Abril, fue de origen común, razón por la cual, el 03 de marzo de 2020, le solicitó a esa Administradora, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, sin obtener respuesta alguna.

Afirmó que, INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., realizó el reporte del accidente de trabajo de manera extemporánea, declarando ante la ARL POSITIVA, como consta en el dictamen para determinar el origen del accidente No.16141113 del 07 de septiembre de 2017, que se habían demorado en realizar el informe, porque se encontraban en los trámites del sepelio de su trabajador y porque, además, no estaban seguros si realmente se trataba de un evento de origen laboral. Dijo que, existen contradicciones en las declaraciones rendidas por la señora Yohana Castellanos, en el dictamen de calificación de origen, sin embargo, los compañeros de trabajo del fallecido ratificaron que él siempre era el encargado de transportar las nóminas al sector de La Paz, en Zipaquirá.

Aseguró que, el empleador del causante, durante la ejecución del contrato de trabajo, no le reconoció ni pago el salario real, sobre los aportes al fondo de pensiones; que, mediante sentencia del 18 de marzo de 2019, el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, declaró la unión marital de hecho entre José Daniel Abril Márquez y Aidé Calderón Montaña, desde el 05 de mayo de 2003 y hasta el 01 de junio de 2017, vínculo dentro del cual procrearon dos hijas Andrea Camila y Leidy Juliana Abril Calderón, quienes ha sufrido profundamente la ausencia de su padre (archivos 01 y 04).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la contestó oportunamente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; en cuanto a los hechos, en su mayoría dijo no constarle o no ser ciertos. En su defensa expuso que, la muerte del afiliado fallecido obedeció a un accidente de trabajo, pues, ocurrió dentro del horario laboral y en cumplimiento de instrucciones de su empleador, razón por la que, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes no está a su cargo. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de la AFP PORVENIR S.A., cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa y buena fe (archivo 08).

Por su parte, **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, quien también dio oportuna contestación a la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos, aceptó los relacionados con la reclamación de la actora, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ante esa Administración y la radicación extemporánea del informe del accidente, por parte del empleador Invernaderos de la Sabana S.A.S., de los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Propuso la excepción previa de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa, de la cual desistió en la audiencia de que trata el artículo 77 de CPTSS, celebrada el 22 de febrero de 2022 (archivo 21). También formuló las excepciones de mérito que nombró plena validez y eficacia del dictamen de fecha 07 de septiembre de 2017 emitido por Positiva Compañía de Seguros S.A.- el dictamen no fue controvertido por el demandante en los términos concedidos por la ley; el evento que llevó al fallecimiento del Sr. José Abril Márquez, es de origen común – inexistencia de derecho a recibir pensión de sobrevivientes bajo el sistema de riesgos laborales; ausencia de obligación en cabeza de ARL Positiva – las prestaciones económicas derivadas de un evento de origen común deben ser brindadas por el régimen común a cargo de la AFP a la cual se encontraba afiliado el trabajador fallecido; alta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Positiva Compañía de Seguros – mi mandante no ha sido ni fue el empleador del Sr. José Daniel Abril Márquez, así como tampoco intervino en la producción del accidente de tránsito del 1 de junio de 2017; : delimitación de la cobertura de las administradoras de riesgos laborales-las prestaciones asistenciales y económicas en cabeza de las ARL se encuentra expresamente consagradas por la ley; sujeción a los requisitos existentes en las normas del sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales para el reconocimiento de las prestaciones económicas; ausencia de solidaridad entre Positiva Compañía de Seguros y la sociedad Invernaderos de la Sabana S.A.S., buena fe, prescripción de los eventuales derechos o acciones y la genérica (archivo11).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de marzo de 2021, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del

Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el señor José Daniel Abril Márquez e INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., a término indefinido, entre el 17 de octubre de 2014 y el 01 de junio de 2017, vínculo durante el cual el causante, devengó el salario mínimo legal mensual vigente, a excepción de los meses de noviembre y diciembre de 2016, enero a mayo de 2017, cuando devengó salarios diferentes; condenó a INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., a pagar las demandadas AFP PORVENIR S.A. y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., las diferencias adeudadas por los aportes a pensión y riesgos laborales, por los periodos en que el trabajador tuvo un salario variable

También, condenó a la AFP PORVENIR S.A., a pagar a la demandante, el 50% de la pensión de sobrevivientes, en su condición de compañera permanente del fallecido y, el restante 50% en representación de las menores Leydi Juliana y Andrea Camila Abril Calderón, a quienes les corresponde el 25% de la prestación hasta los 18 o 25 años de edad, siempre y cuando acrediten incapacidad para trabajar en razón de los estudios; por 13 mesadas pensionales al año, aplicando los reajustes legales, a partir del 01 de junio de 2017, debidamente indexadas y respecto de las cuales autorizó realizar los aportes a salud. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Absolvió a POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A., de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a INVERNADEROS DE LA SABANA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que, lo que buscaba la parte actora con la demanda, era el reconocimiento de una culpa patronal y sus consecuencias, por la muerte de un trabajador en ejercicio de sus funciones; que, el Juez de Primer Grado, no apreció en debida forma, el reporte donde el mismo empleador, aceptó que se trató de un accidente de trabajo; además, como lo reconoció el representante legal de INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., al absolver interrogatorio de parte, al momento de su fallecimiento, el causante se encobraba trabajando, cumpliendo unas funciones que esporádicamente realizaba, porque él era un trabajador de confianza, hecho que ratificaron los testigos, quienes aseguraron que la orden de subirse a la moto y realizar los encargos encomendados existió; por lo que, no puede dársele validez a lo dicho el empleador, respecto a que el fallecido estaba haciéndoles un favor, cuando en la relación obrero patronal, no existen los favores, sino las órdenes; advierte que, el causante, vivía en el municipio de Cogua y que nada tenía que hacer en Zipaquirá, a donde claramente se dirigió porque había recibido la orden de llevar unos sobres allá, ya que, el día anterior no habían alcanzado a llevarlos, por lo que, dijo, que sí se logró demostrar la existencia de un contrato de trabajo y su relación con el accidente de tránsito sufrido por el trabajador.

También señaló como materia de inconformidad, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en un 50% a favor de la demandante, sin verificar el cumplimiento del requisito de convivencia, porque así lo había señalado una

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del año 2021, desconociendo lo dicho por la Corte Constitucional, quien ya se pronunció al respecto, y dejó sin efecto ese criterio, pues, la pensión de sobrevivientes está fundada en la convivencia y, por tanto, si es necesario que la compañera permanente o cónyuge del afiliado, demuestren la convivencia mínima de 5 años anteriores al fallecimiento, la cual, tampoco se encuentra probada en el proceso y no puede tomarse como indicio la declaración en que manifestaron, la actora y el causante, tener una unión marital de hecho, porque eso no es prueba de la demostración del requisito legal de la convivencia. Solicitó entonces revocar la decisión de Primera Instancia e imponer las condenas a quien corresponda, ya que, reitera el origen del fallecimiento del causante, fue laboral y no común.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., reiteró los argumentos expuesto en el recurso de apelación y, solicitó que se revoque la decisión del Juez de Primer Grado, pues, considera que en el proceso quedó demostrado que el accidente que ocasionó la muerte al afiliado fallecido es de origen laboral, ya que se dieron los elementos de tiempo, modo y lugar, todos y cada uno de estos directamente asociados con las tareas del afiliado, además de estar en cumplimiento de un orden de su superior, aunque dentro del interrogatorio de parte y algunos testimonios hayan pretendido eludir su responsabilidad en la orden impartida el día de los hechos; de ahí que, asegura, el llamado a responder por el derecho pensional pretendido en el proceso, es la ARL a la cual se encontraba afiliado el trabajador, que para el caso específico es la ARL POSITIVA.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., insistió en que no le corresponde asumir el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada por la demandante, pues, el origen del accidente que causó la muerte del señor José Abril, fue común y no una contingencia de tipo laboral, la cual debe estar relacionada con el riesgo que el empleador ha creado para sus trabajadores, comoquiera que el objeto del Sistema es restrictivo y la cobertura frente a las prestaciones también lo es, haciendo imposible que la ARL, asuma prestaciones asistenciales o económicas que se deriven de tal clase de eventos; por lo tanto, solicita confirmar la sentencia apelada, en cuanto impuso el pago de la prestacional pensional a la AFP PORVENIR S.A.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación

presentado por la AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá establecer, *i)* el origen del accidente de tránsito donde el trabajador José Daniel Abril Márquez perdió la vida; y, *ii)* si procede el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante AIDÉ CALDERON MONTAÑO, en su condición de compañera permanente del causante.

CALIDAD DE AFILIADO DEL CAUSANTE

Está probado, pues así se admitió en los escritos de contestación de la demanda (Archivos 08 y 11), que el causante José Daniel Abril Márquez se encontraba afiliado al momento del fallecimiento, para Pensión y Riesgos Laborales, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A: y a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., respectivamente, como trabajador de INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S.

DEL ORIGEN DEL ACCIDENTE QUE OCASIONÓ LA MUERTE DEL TRABAJADOR

Aduce la demandada AFP PORVENIR S.A., en su recurso que no está llamada a reconocer y pagar a favor de la demandante, la pensión reclamada en razón a que el fallecimiento del causante, se produjo como consecuencia de un accidente de trabajo, por lo que dicha prestación corresponde a la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Al respecto, de acuerdo a lo establecido en el 3 del Decreto 1562 de 2012, el accidente de trabajo, se define como todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte; también lo es, aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo; el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador; el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función; y, el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.

Ahora bien, cuando la norma refiere que, para ser laboral, el accidente debe producirse por causa o con ocasión del trabajo, significa que debe ser una consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada, por ello no todo hecho inesperado que sufra el trabajador y le produzca una lesión orgánica o perturbación funcional, una invalidez o la muerte es accidente de trabajo, para que se califique así tiene que ser consecuencia directa de la labor ejecutada por

el trabajador. Puesto que bien puede darse que el hecho repentino se presente en horas laborales o no y que nada tenga que ver o sea consecuencia del trabajo cumplido por el trabajador, y que provoque las consecuencias ya mencionadas, pero por la circunstancia que se dio estando el trabajador bajo la subordinación del empleador, no por ello *per se* es accidente de trabajo, tiene que ser ese hecho una consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada, porque la teoría de los riesgos de trabajo o riesgos laborales supone una relación entre el infortunio y la actividad que se desempeña, sin que se involucre allí otros riesgos, que bien pueden darse estando o no laborando.

Para definir el origen del accidente que ocasionó el fallecimiento del trabajador José Daniel Abril Márquez, al plenario se allegaron como pruebas, comunicación del 17 de agosto de 2017 y concepto de presunto origen del evento No. 201705601 de la misma fecha, mediante los cuales SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., aseguradora de la AFP PORVENIR S.A., concluye que, *“el presunto origen de la muerte del señor(a) JOSE DANIEL ABRIL MARQUEZ es con ocasión de un ACCIDENTE LABORAL (...) toda vez que, de acuerdo a lo enunciado por familiar y conforme con el informe de investigación, el trabajador se encontraba realizando las labores por las que fue contratado”*.

Igualmente, obra formulario de dictamen para determinación de origen del accidente, de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., donde como fundamentos de la calificación, se advierte que, según declaración de Yohana Castellanos, Secretaria de la Empresa empleadora, el 01 de julio de 2017, el señor José Daniel Abril, *“se ofreció voluntariamente”*, a llevar 10 sobres con el dinero de nómina, que ella debía entregar en el sector de La Paz – Zipaquirá, porque se iba a encontrar con un amigo, cerca de allá; sin embargo, esa tarea *“no era parte de sus funciones como trabajador de oficios varios y él ya había salido de su turno de trabajo”*, concluyendo la ARL, según informó la demandante y a INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., mediante oficio No. SAL-121079 del 30 de julio de 2018, que, *“el accidente del señor Abril Márquez, ocurrió fuera de su horario laboral”*, por tanto, *“es posible concluir que, al momento de los hechos, el mismo no se encontraba realizando actividad laboral alguna para su contratante, por lo que se desvirtúa necesariamente el nexo de causalidad necesario para calificar el evento ocurrido como de origen laboral”*, decidiendo entonces que fue de origen común.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante informó que, convivió en unión libre con el causante y que, de esa relación procrearon dos hijas, Andrea Camila y Leidy Yuliana Abril Calderón; que, el 01 de junio de 2017, ella se encontraba trabajando y recibió una llamada del señor José Daniel Abril Márquez, le dijo que si quería pasaba a recogerla, pero que tenía que esperarlo porque tenía que ir al municipio de Cagua – Cundinamarca a recoger unos sobres con el pago para unos compañeros, le dijo que se iba a encontrar con la secretaria la señora Yohana y, luego sobre las 4:25 p.m., le avisaron del accidente; aseguró que, el causante, tenía un horario de trabajo de 6:00 a.m. a 3:00 p.m., pero no cumplían con la hora de salida, porque él llegaba casi siempre sobre las 6:00 p.m. o 6:30 p.m.; dijo desconocer la clase de contrato que tenía el fallecido, y que, sólo

después de su muerte, se enteró del salario que devengaba, cuando reviso los extractos del Banco y verificó que tenía pagos por parte del empleador, de entre \$2.500.000 a \$2.800.000 mensuales; que, el causante, tenía dentro de sus funciones supervisar los trabajos en diferentes fincas, iba a recoger los pagos para pagarle a los compañeros y, siempre se transportaba en una moto de su propiedad-

El representante legal de INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., señor Héctor Alfonso Cortés Téllez, por su parte informó que, el causante estaba vinculado con esa Sociedad, mediante contrato verbal de trabajo, desempeñando el cargo de operario, trabajo cerca de año y medio hasta el día de su fallecimiento; que, se encargaba de unos trabajos especiales soldar, construcción, plastificación, recibía órdenes sólo de él; que, tenía un horario de trabajo de 6:00 a.m. a las 2:00 p.m. o 3:00 pm.; que, el causante, él tenía a su cargo la construcción de invernaderos, por eso su cargo era de operario, pero era una persona de su entera confianza, un excelente trabajador, que hacía de todo un poco, por eso también estaba encargado de un grupo de personas; que, cuando estaban construyendo invernaderos no pueden dejarlo sin terminar, por las plantas que se siembran en ellos, entonces es posible que laboraran 1 o 2 horas más después del horario normal, que también en algunas oportunidades, si el cliente lo requería, trabajaban los domingos, pero no todos los domingos; explicó que, como empresa prestadora de servicios, se trasladaban de finca en finca construyendo invernaderos; que, el día del accidente fatal, él no estaba con los trabajadores se encontraba en otro municipio, nunca le dio la orden al señor José Daniel de desplazarse a llevar el pago a nadie, sabe que, como el fallecido para ir a su lugar de residencia en Nemocón, tenía que pasar por un sitio que se llama Barandillas, entonces su asistente, le pidió el favor que si le podía llevar unos sobres a nos muchachos que se encontraban por la vía por donde él pasaba, y que, como él era de confianza y siempre les hacía favores aceptó; que, que el reporte se hizo 24 horas después del accidente de tránsito; refirió que el señor Abril Márquez, devengaba el salario mínimo y le pagaban unas bonificaciones altas por el trabajo que hacía, ya que, en algunas oportunidades también realizaba trabajos personales para él y no para la empresa; que esas bonificaciones se pactaron de forma verbal, pero aseguró desconocer si la usaba como rodamiento; además que, al fallecimiento del trabajador no se le pago a la demandante, ningún tipo liquidación, porque él había pactado con el trabajador que las bonificaciones incluían todas las prestaciones sociales y demás derechos laborales.

También declararon en el proceso DEISY YOHANA CASTELLANOS RODRÍGUEZ, auxiliar administrativa de la demandada INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., de 2014 al 2017; dijo conocer al causante, quien era su compañero de trabajo; indicó que, ella era la encargada de hacer los pagos de nómina y las afiliaciones al Sistema de Seguridad Social, pero, que no ejercía como su superior jerárquica del señor José Daniel, ni le podía dar órdenes; que, el causante era operario y ella trabajaba desde la casa y no podía ver las labores que él desempeñaba, pero sabe que hacia invernaderos, camas y también le colaboraba a Héctor Cortés, en trabajos por fuera de la empresa; que, INVERNADEROS DE LA SABANA no tenía una oficina principal; respecto al accidente que le costó la

vida al trabajador, señaló que, ese día el señor ABRIL MÁRQUEZ, estaba en la finca “FILCO” en Zipaquirá, y que, como algunos trabajadores no tenían cuenta bancaria, las quincenas se les pagaban en efectivo, entonces ese día ella había tenido un problema porque don Héctor Cortés, porque él le había entregado 10 arneses y se habían perdido, ella estaba preocupada por eso y porque don Héctor había dado la orden de pagarle a los muchachos el día 02 de junio, porque él, que siempre era quien hacía los pagos, no alcanzaba a llevarles el dinero el 01 de junio porque no estaba por la zona, entonces se encontró con el causante en el parque de Cogua, hablaron del tema y él le dijo que si quería iba y los traía, pero, ella en ningún momento pensó que eso fuera subordinación, porque entre compañeros a veces se hacían favores; dijo que el señor José Daniel Abril, estaba en su moto, ella le entregó los sobres, él se fue y ella cogió una buseta con una tía, porque iba a merchar a Zipaquirá; explicó que, ella asumió que el causante iba por La Paz, camino a Nemocón, pero como a los 2 minutos después en la bajada de Cogua, desviaron la buseta por un accidente, ella no sospechó nada, porque José Daniel tenía que haber tomado otro camino, sin embargo, cuando llegó a Zipaquirá, tomó un expreso y se devolvió para Cogua, caminó un trayecto largo, porque todo estaba acordonado y ahí corroboró que el fallecido era su compañero de trabajo, llamó a don Héctor Cortés y le contó; explicó que, ella y el causante hablaron y les dio “embarrada” no pagarle a la gente siendo ya 01 de junio no recibir su pago, además que eran trabajadores complicados, bastante groseros y por eso tomaron la decisión que llevarles el dinero; manifestó que, la Seguridad Social del óbito se le canceló sobre el salario mínimo pero se le consignaban diferentes valores, no ganaba un jornal, sino por los trabajos realizados; que, la entrega de nóminas pocas veces se hacía fuera del horario, el encargado era don Héctor Cortés, él dejaba los sobres a los trabajadores, en las porterías de las fincas donde estaban y luego ellos pasaban a recogerlos; sólo recuerda haberle pedido al causante ese día ese favor, si lo hizo otra vez, no lo recuerda; dijo que, ella sabía que él vivía en Nemocón, que habitualmente debía coger la vía por La Paz, que es una vía totalmente diferente a la que él tomó ese día; que, ella se encontró con causante, sobre las 4:00 p.m. o 4:30 p.m.; que ese favor que ella le pidió al causante, no era remunerado por Héctor Cortés, reiterando que fue un acuerdo entre ellos, porque entre compañeros se hacían favores; que, el señor José Abril, la usaba la moto para ir y venir al trabajo; además que, José Daniel también hacía trabajos particulares a don Héctor Cortés, pero nunca vio que don Héctor le diera la orden al causante de llevar los sobres de nómina, ni ella tampoco le informó al jefe ese día de lo que habían pensaban hacer con José Daniel, porque fue algo que hablaron ellos directamente; insistió en que, ella no impartía órdenes, porque siempre eran muy claros en la Empresa, en que las órdenes las daba Héctor Cortés; dijo que, el accidente sólo se reportó 2 días después, porque luego de consultar a los abogados de la empresa, ellos dijeron que por el hecho de llevar sobres de la empresa podía ser un accidente de trabajo y por eso se reportó así.

EDICSON CALDERÓN MONTAÑO, hermano de la demandante, declaró que trabajó para INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., entre marzo o abril de 2017 al 2019 y que actualmente realiza trabajos particulares para Héctor Cortés, haciendo soldadura; que, también fue compañero de trabajo del causante; en

cuanto al accidente ocurrido, indicó que, el 01 de junio de 2017, José Daniel Abril Márquez, él y otros compañeros estaban trabajando en una finca de nombre “FILCO” en Zipaquirá, y el causante le informó que iba a ir hasta Cogua a recoger unos sobres de pago, no le consta que la entrega de sobres fuera una función del causante, pero afirma que en varias oportunidades José Daniel le había pagado a él a través de sobres con el dinero en efectivo; no obstante, el testigo no es claro, ni preciso en su declaración, ya que se aseguró no recordar cuándo ingreso a laborar a INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S. en el año 2017, entre marzo y abril y que el señor Daniel le había llevado varios sobres, pese a que este falleció en mayo de 2017; dijo que, no conoció a YOHANA CASTELLANOS; que, el causante se trasladaba a varios municipios de Cundinamarca donde supervisaba labores de invernadero, pero desconoce quién le impartía las órdenes; que, para ir a Nemocón sí se pasa por Cogua, pero no por el casco urbano.

LUZ HELENA FLÓREZ, quien compareció a declarar en representación de la firma Análisis de Riesgos, contratada por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., para verificar el origen del accidente sufrido por el trabajador José Daniel Abril Márquez, indicó que la conclusión de la investigación, fue que no se trató de un accidente de trabajo, porque dentro de sus funciones del causante, no estaba la de trasladar dinero, además, él ya había terminado su jornada laboral, según la entrevista practicada a la señora YOHANA CASTELLANOS, él se ofreció voluntariamente a llevar el dinero, tomó una ruta diferente a la que debía pues, iba para La Paz, pero el accidente fue por otro camino porque según el dicho de YOHANA se iba a encontrar con un amigo en el terminal de Zipaquirá; dijo que, se logró comprobar que no se trató de una actividad impuesta por su empleador, sino que fue un favor hecho a una compañera; que la motocicleta era propia que por esos días se había adquirido y por eso no había hecho el traspaso.

JULIO CESAR ABRIL MÁRQUEZ, hermano del causante y quien dijo ser también el cuñado de la demandante; explicó que, otro de sus hermanos Jorge Armando Abril Márquez trabajaba con José Daniel en INVERNADEROS LA SABANA S.A.S., y según éste, le contó, que el día del accidente al causante, lo enviaron a reclamar un dinero donde él trabajaba, a una oficina del señor Héctor Cortés, donde una señora YOHANA, le entregó unos sobres y al regresar se estrelló contra un carro; que, ese día los dos hermanos se despidieron por el lado de San Miguel en Zipaquirá, José Daniel dejó a Jorge Armando para que cogiera la buseta de regreso para Nemocón y él se fue a recoger los sobres con el dinero para lo pagarle a los muchos; dijo que, por lo que su otro hermano José Armando le comentó, el causante estaba encargado de varios frentes de trabajo, hacia trabajos de soldadura y colaboraba con pagos.

De lo anteriormente expuesto, advierte la Sala, que, sin desconocer el vínculo laboral del causante con INVERNADEROS DE LA SABANA S.A.S., ni mucho menos que, éste se encontraba transportando unos sobres con dinero de la empresa, al momento del accidente de tránsito que le ocasionó la muerte, lo cierto es que, sus funciones estaban estrechamente relacionadas con la construcción y soldadura de invernaderos y, además por su experiencia y confianza, estaba

encargado de dirigir y supervisar al personal, en distintos frentes de trabajo, sin que del dicho de los testigos pueda extraerse con total precisión y claridad que dentro de las funciones propias de su cargo como operario, estaba incluido el transporte de dinero para el pago de nómina; nótese como la única testigo directa de los hechos, la señora DEISY YOHANA CASTELLANOS RODRÍGUEZ, refirió que los pagos de nómina a los trabajadores que no tenía cuenta bancaria, los hacía directamente el señor HÉCTOR CORTÉS, representante legal de la empresa accionada, y que, él le había dado la orden de pagar hasta el 02 de junio de 2017, porque el 01 de junio de 2017, no se encontraba en la zona y no podía ir a llevar el dinero a los obreros, pero ella y el fallecido, en un acto de solidaridad con sus compañeros, decidieron que José Daniel Abril Márquez, iría a entregar los sobres, con el desenlace fatal conocido; los demás testigos, no son precisos ni contundentes, en definir las funciones que cumplía el fallecido, ni demostrar que el trabajador efectivamente recibió una orden de su jefe directo Héctor Cortés, para hacer dicho trámite, ni tampoco que, dentro de las funciones por él desempeñadas, se encontraba el transporte de dineros para el pago de nómina; por lo tanto, contrario a lo señalado por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., no se evidencia, una relación directa entre la actividad laboral del fallecido y el traslado de los pagos de nómina durante el trayecto en el que perdió la vida, pues, no se encontraba dentro del horario de trabajo, ni estaba allí por órdenes directas de su empleador, además, el daño no se produjo en su entorno laboral, pues, ni siquiera la vía donde se produjo el choque que causó la muerte del señor Abril Márquez, correspondía a la ruta que debió tomar para llevar el dinero a los otros trabajadores, lo que rompe la relación de causalidad con éste, resultando acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, en cuanto determinó que el origen del accidente era común, ordenando a la AFP PORVENIR S.A., asumir el pago de las prestaciones económicas a que haya lugar.

Argumentos que resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada en este sentido.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Otra de las inconformidades de la AFP PORVENIR S.A., está relacionada con el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes, a favor de la demandante, AIDÉ CALDERÓN MONTAÑO, como compañera permanente del causante, pues, considera esa demandada, que dicha condición no se encuentra acreditada dentro del proceso.

Pues bien, teniendo en cuenta que el señor JOSÉ DANIEL ABRIL MÁRQUEZ, falleció el 01 de junio de 2017 como se extrae del registro civil de defunción que milita en el expediente digital; el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas vigentes al momento de su deceso, y que disponen:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones...”

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

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

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*”¹. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino

¹ CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

No sobra precisar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, interpretó el requisito de convivencia previsto en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y cambió el criterio frente a su exigencia en el caso de la muerte de un afiliado, determinando que la convivencia por un lapso mínimo no menor de cinco años continuos e inmediatamente previos a la muerte del causante, únicamente se requiere cuando se tratara del fallecimiento de un pensionado, señalando que la cónyuge o la compañera permanente de un afiliado podía ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, bajo lo previsto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, acreditando i) la calidad de cónyuge o compañera; ii) la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia y iii) la *“convivencia vigente para el momento de la muerte”*, como más adelante lo dispuso en la sentencia CSJ SL5270-2021.

Ahora bien, al respecto la Corte Constitucional, a través de la sentencia SU-149 del 21 de mayo de 2021, dejó sin efectos la sentencia CSJ SL1730-2020, por considerar que ésta contradice los mandatos de igualdad y de sostenibilidad financiera del sistema pensional y conduce a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que es amparar a la familia del fallecido; además, porque la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desconoció el precedente constitucional plasmado en la sentencia SU-428 de 2016 donde se determinó que la compañera permanente supérstite del afiliado tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, si acredita la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento. Por tanto, la Corte Constitucional, reafirmó que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado; decisión al que se acoge mayoritariamente este Sala, pese a que la Corte Suprema de Justicia mantiene su criterio y se aparta de lo expuesto por el órgano de cierre constitucional.

En ese orden de ideas, para determinar si a la demandante, le asiste el derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes deprecada, en su condición de compañera permanente, se aportaron como pruebas, el registro civil de nacimiento de ANDREA CAMILA ABRIL CALDERON, nacida el 23 de noviembre de 2004, hija de la actora y José Daniel Abril Márquez, así como los distintos formularios presentados por la AIDÉ CALDERÓN MONTAÑO, ante la AFP PORVENIR S.A. y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, reclamando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes (archivos 04, 08 y 23); y, el informe de investigación para pago de prestaciones económicas del 18 de julio de 2017, elaborado por León & Asociados para la AFP PORVENIR S.A., de donde se extrae lo siguiente:

*“...**Núcleo Familiar:** el Sr. José Daniel Abril Márquez, **convivió en unión marital de hecho con la Sra. Aidé Calderón Montaña, durante catorce (14) años desde 05 de mayo de 2003 hasta la fecha de deceso, de esa relación se tuvieron dos (2) hijas** de nombres Andrea Camila Abril Calderón de 12 años de edad y Leidy Yuliana Abril Calderón de 9 años de edad. La Sra. Aidé Calderón Montaña, actualmente labora como operaria para la Empresa Martina Flowers.*

*Referencias: en entrevistas con los Sres. Jesús Alfredo Contreras y Diana Milena Herrera Duarte (amigos del afiliado) en los celulares (...) respectivamente; la Sra. María del Carmen Márquez Estupiñán (madre) en el celular (...) y el Sr. Julio Cesar Abril Márquez (hermano) en el celular (...), confirmaron la información anterior.
- Mediante comunicación con la Sra. Deisy Johana Castellanos Jiménez (encargada de gestión Humana), de la empresa invernaderos de la Sabana S.A.S., en el abonado telefónico (...), confirmó el núcleo familiar anteriormente expresado, siendo este el que el afiliado reportaba ante la empresa...” (Negrilla fuera de texto) (Archivo 08).*

De las declaraciones rendidas en el proceso, al absolver interrogatorio de parte, la demandante, señaló que el día en que el señor Abril Márquez sufrió el fatal accidente, él la había llamado para recogerla y que se fueran juntos para su lugar de residencia; además de ésta, sólo el testigo JULIO CESAR ABRIL MÁRQUEZ, hermano del causante, manifestó que la actora, era su cuñada y viuda de su hermano José Daniel Abril Márquez, sin referir nada más al respecto.

Así las cosas, pese al escaso material probatorio, para la Sala, no cabe duda que, la demandante AIDÉ CALDERON MONTAÑO, sostuvo una unión marital de hecho con el señor José Daniel Abril Márquez, entre el 05 de mayo de 2003 y hasta su fallecimiento el 01 de junio de 2017, como lo estableció la misma AFP PORVENIR S.A., de acuerdo el informe citado, documento éste allegado por esa demandada y que no fue tachado ni refutado de falso, por lo que se presume completamente válido para tener por acreditada la convivencia de la actora, con el causante, en su condición de compañera permanente, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, que la hacen beneficiaria de la pensión de sobrevivientes deprecada, como lo concluyó el Juez de Instancia, razón por la cual también se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

Costas en esta Instancia, a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintinueve (29) de marzo de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por AIDÉ CALDERÓN MONTAÑO, en nombre propio y en representación de sus menores hijas ANDREA CAMILA y LEIDY JULIANA ABRIL CALDERON en contra de INVERNADEROS DE

LA SABANA S.A.S., AFP PORVENIR S.A. y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

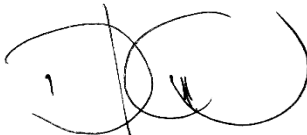
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta Instancia a la demandada AFP PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor de la demandante. Se confirman las costas de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

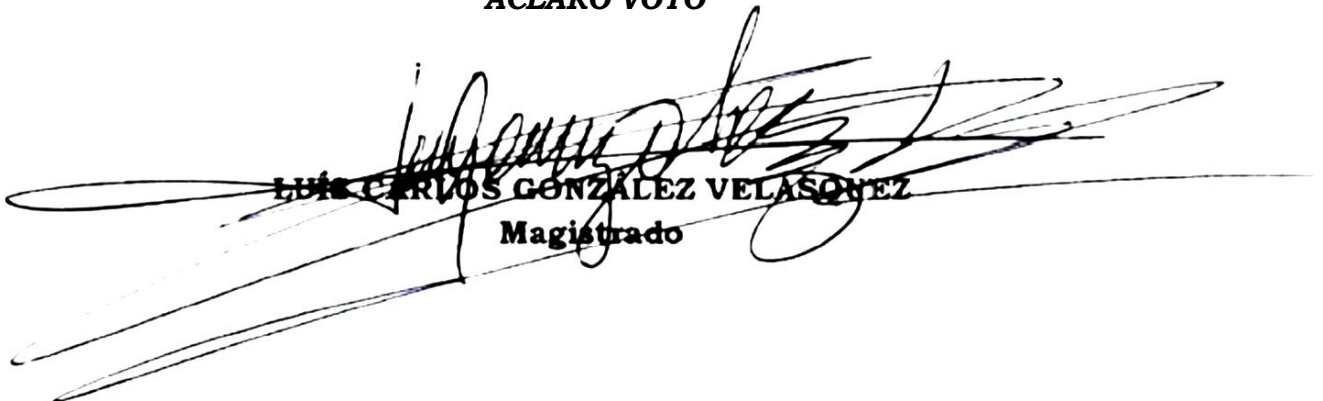
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

ACLARO VOTO



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105017202100217-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veinticinco (25) de noviembre de 2022 por el Juzgado diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA PATRICIA SALAMANCA PEÑA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Claudia Patricia Salamanca Peña, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. efectuada el 28 de marzo de 1996, así mismo la afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A., en consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a la demandante, junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados al RPM

administrado por COLPENSIONES, se ordene a COLPENSIONES recibir como afiliada al RPM a la demandante, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, la demandante nació el 3 de octubre de 1966, que realizó cotizaciones al extinto ISS desde el 12 de abril de 1993 hasta el 31 de agosto de 1995, que fue trasladada del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación del 28 de marzo de 1996 a través de DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., que para el momento del traslado la demandante no reunía los requisitos de permanencia de 3 años, que tampoco se suministró una información completa, clara y suficiente, que fue afiliada a COLFONDOS el 22 de octubre de 2007, entidad que tampoco suministro información oportuna, que el 14 de diciembre de 2020 se solicitó a COLPENSIONES afiliarla al RPM en virtud a la declaratoria de ineficacia solicitando el traslado de todos sus aportes y demás conceptos, que en respuesta del 15 de diciembre de 2020 manifestó la imposibilidad de activar la afiliación, solicitud que también fue adelantada ante las AFP privadas, quienes negaron lo peticionado.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Protección S.A. y Colfondos S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso en su defensa las excepciones de; inexistencia y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes. (archivo 09ContestacionDemanda.pdf)

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denomino; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción

para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 08ContestacionDemanda.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones perentorias de; aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, e error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (archivo 06ContestacionDemanda.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veinticinco (25) de noviembre de 2022 por el Juzgado diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción, propuestas por las demandadas, declaro que el traslado de la demandante al RAIS efectuado a través de DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. fue ineficaz por lo que no produjo efectos jurídicos, declaro que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPM y que COLPENSIONES tiene la obligación de validar el retorno sin solución de continuidad, condeno a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, incluyendo cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con frutos, rendimientos e intereses, condeno a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. devolver además los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, los cuales deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con cada una de las administradoras, ordeno a COLPENSIONES recibir el traslado que efectúen COLFONDOS y PROTECCIÓN y convalidarlos en la historia laboral de la demandante, condeno en costas a las demandadas.

Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: frente a la condena en costas ya que no tuvo injerencia en el traslado de la demandante, pues la posición adoptada por la entidad a sido de acuerdo a la normatividad vigente, ello en virtud a que el formulario de afiliación se presume valido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente COLPENSIONES solicito su absolución, para lo cual, trajo a colación los siguientes fundamentos jurídicos; artículo 2 de la Ley 797 de 2001, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 3800 de 2001 y como fundamentos jurisprudenciales; sentencia C-789 del 24 de septiembre de 2002 Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, inciso 4 artículo 36 de la ley 100 de 1993 sentencia C-789 de 2002 y artículo 3 del Decreto 3800 de 2001, sentencia C-1024 de 2004, sentencia STC8762-2017 M.P. Álvaro Fernando García radicación No. 76001-22-03-000-2017-00209-01, resaltando lo correspondiente a la solicitud de aplicación de la sentencia SU 062 de 2010 y diligenciamiento del formulario de traslado y reporte de solicitudes de traslado, las demás intervinientes en el proceso guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con la condena en costas impuestas a la demandada COLPENSIONES. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 14 de diciembre de 2020 en la cual se solicita recibir y tener como afiliada al RPM. (archivo 03Demanda.pdf, fls. 164-165).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda

persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho

proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del

sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa

de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el tres (3) de octubre de 1966 (archivo 03Demanda.pdf, fl. 153), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 12 de abril de 1993 al 31 de mayo de 1996 un total de 94.14 semanas (archivo 03Demanda.pdf, fl. 155), iii) que el veintiocho (28) de marzo de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. DAVIVIR S.A. hoy Protección S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de mayo de 1996 (archivo 09ContestacionDemanda.pdf, fls. 34 y 36). vi) que el veintidós (22) de octubre de 2007 se trasladó de A.F.P. Colfondos S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 2007 (archivo 08ContestacionDemanda.pdf, fl. 90) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada según reporte aportado por la demandante con 1.320.29 semanas (archivo 03Demanda.pdf, fl. 193).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Protección

S.A. y Colfondos S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Claudia Patricia Salamanca Peña asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, máxime cuando ni siquiera se tuvo en cuenta las condiciones específicas de la demandante, quien para el momento del traslado de régimen no contaba con el tiempo de permanencia establecido en la ley de 3 años.

En cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, de forma indexada, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que

se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada DAVIVIR S.A. hoy Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Protección S.A. el veintiocho (28) de marzo de 1996 con efectividad el 1 de mayo de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

De la imposición en costas

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de*

la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximir las de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a las demandadas, quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que no se revocará dicha condena frente a la demandada COLPENSIONES, conforme se solicitó en el recurso de apelación.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veinticinco (25) de noviembre de 2022 por el Juzgado diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **CLAUDIA PATRICIA SALAMANCA PEÑA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las results del proceso.

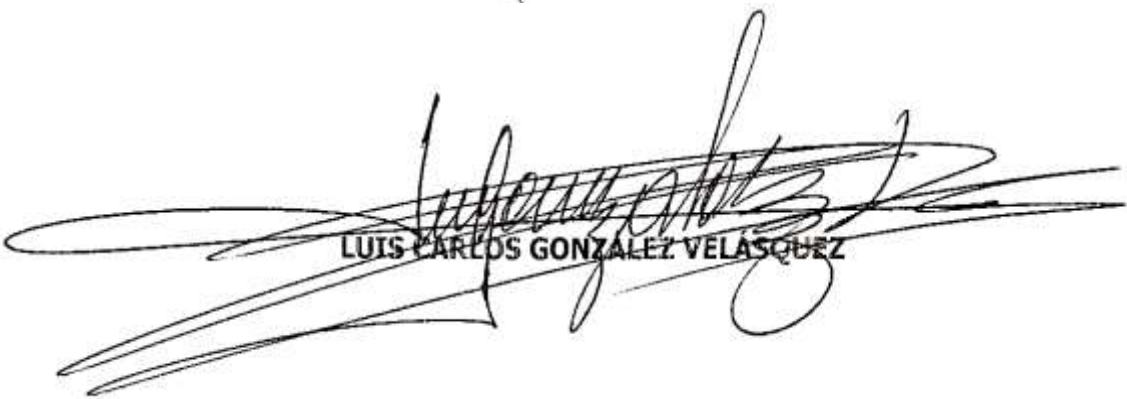
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105019202100230-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el dos (2) de noviembre de 2022 por el Juzgado diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ARQUÍMEDES GÁMEZ OLIVEROS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Arquímedes Gámez Oliveros, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare que fue mal asesorado por ING hoy PROTECCIÓN en el año 2000 al momento del traslado de régimen, igual situación se dio con PORVENIR EN 2003, por lo que, es ineficaz el traslado, se ordene a COLPENSIONES recibir los aportes y demás, se condene a PROTECCIÓN y PORVENIR trasladar

todos los aportes efectuados por el demandante junto con los rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás conceptos, se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación, así como aceptar y recibir los aportes, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 9 de junio de 1959, que se encontraba afiliada al RPM, que se trasladó de régimen en el año 2000 a través de ING hoy PROTECCIÓN, que al momento del traslado no se dio la asesoría correspondiente, para el año 2003 se trasladó a PORVENIR, que el 10 de marzo de 2021 se agotó vía gubernativa en COLPENSIONES de lo que no se obtuvo respuesta.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Protección S.A. y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, innominada o genérica. (archivo 04ContestacionProteccion.pdf)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en su defensa propuso las excepciones de; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica. (archivo 03ContestacionPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de

la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (archivo 02ContestacionColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el dos (2) de noviembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por AFP PROTECCIÓN el 11 de julio de 2000, declarar válidamente vinculado al demandante al RPM administrado por COLPENSIONES desde el 3 de marzo de 1980 hasta en la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado, condeno a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, de forma indexada, al cumplir la orden los conceptos deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, requiere a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral del demandante, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, condeno en costas a la demandada PROTECCIÓN.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra del ordinal tercero de la sentencia, solicitó que se revoque, argumentó que los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y muerte, con su correspondiente indexación ordenados devolver, no proceden ya que la ley también plantea que el régimen público destine estas sumas y no financian el derecho pensional, por lo que, se genera un enriquecimiento sin justa causa. Ahora bien, de mantenerse la decisión solo es procedente ordenar la devolución de los rendimientos que se hubieren generado en RPM y por ultimo la indexación no es procedente ya que los rendimientos compensan la devaluación del aporte pensional.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la

sentencia, manifestó que; el afiliado hizo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen, sin que se pueda olvidar la prohibición establecida en la ley de no trasladarse cuando faltan 10 años o menos para adquirir el derecho pensional, además se mantuvo por mas de 20 años en el RAIS sin ejercer su deberes como consumidor financiero, por lo que es valido el traslado, siendo saneado cualquier vicio, también se evidencia del interrogatorio de parte que conocía de las características del régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la demandada Porvenir a través de su apoderado argumento que no se cumplen los presupuestos legales, resaltando lo correspondiente a la ineficacia del traslado, del derecho de retracto, el derecho a la libre escogencia, la acreditación del deber de información a cargo de PORVENIR S.A., la imposición de cargas probatorias inexistentes, el deber de realizar análisis critico y en conjunto de las pruebas en cada caso, la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos, la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, la indexación de las condenas impuestas, por su parte el apoderado de la demandada COLPENSIONES reitera su solicitud de revocatoria y adiciono que en caso de mantenerse la decisión, se indique que la entidad proceda a realizar los tramites una vez de cumplimiento a la sentencia la AFP, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 10 de marzo de 2021 donde solicita la ineficacia del traslado de régimen. (archivo 01ExpedienteEscaneado.pdf, fl. 20)

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus***

beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril

de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el nueve (9) de junio de 1959 (archivo 05ExpedienteAdministrativoColpensiones.pdf, fl. 11), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 3 de marzo de 1980 al 31 de julio de 2000 un total de 782.71 semanas (archivo 05ExpedienteAdministrativoColpensiones.pdf, fl. 295), iii) que el once (11) de julio de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. SANTANDER hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de enero de 2001 (archivo 04ContestacionProteccion.pdf, fls. 25 y 27). vi) que el treinta (30) de octubre de 2003 se trasladó de A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 2003 (archivo 03ContestacionPorvenir.pdf, fls. 82 84) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.866 semanas (archivo 03ContestacionPorvenir.pdf, fl. 116).

Del interrogatorio de parte practicado al demandante en ningún momento acepto algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera al fondo de pensiones, pues de su dicho se puede extraer que previo al momento de la vinculación no recibió la información debida, ya que es evidente de lo manifestado que no conoce todas y cada una de las características de los regímenes pensionales, situaciones concretas y que ampliamente fueron

indagadas una a una por el Despacho de primera instancia y los apoderados de las partes, por el contrario indica que la única manifestación realizada al momento del traslado era que su situación iba hacer mucho mejor que en el ISS.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Protección S.A. y Porvenir S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Arquímedes Gámez Oliveros asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo

son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, de forma indexada, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a

derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20

salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte

demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte al demandante, se establece que el misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Porvenir S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes del demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho en favor del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Protección S.A. el once (11) de julio de 2000 con efectividad el 1 de enero de 2001, se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido

desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el dos (2) de noviembre de 2022 por el Juzgado diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ARQUÍMEDES GÁMEZ OLIVEROS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033202100420-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Colfondos S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintiséis (26) de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SAULO MANUEL RODRÍGUEZ FLÓREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Saulo Manuel Rodríguez Flórez, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación del demandante con la sociedad COLFONDOS S.A. por no haber una decisión informada, que COLPENSIONES administradora del RPM debe activar la afiliación del demandante, aceptar y recibir todos los aportes trasladados, en consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar todos los aportes junto con los rendimientos, además de remitir el detalle de los mismos, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 21 de septiembre de 1958, que estaba afiliado a COLPENSIONES desde febrero de 1979, que laboro para Rama Judicial desde el 16 de mayo de 1995 aportes que se realizaron a una Caja de Previsión Social hasta el 31 de julio de 1996, que se traslado a COLFONDOS S.A. el 9 de julio de 1996 con efectividad desde el 1 de agosto de ese mismo año, que al momento del traslado no se le brindo la información suficiente, que el 23 de junio de 2021 se solicitó ante COLPENSIONES la nulidad del traslado y reactivación de la afiliación al RPM, que en esa misma fecha se indico por parte de la entidad no se le daría tramite hasta tanto no se allegara poder especial para facultar al apoderado recibir información.

Contestaciones de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y Colfondos S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denomino; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos. (archivo 05ContestacionColfondos.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (archivo 06ContestacionColpensiones.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintiséis (26) de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado al RAIS y con esto la afiliación realizada por el demandante efectuada el 9 de julio de 1996 por la AFP COLFONDOS S.A.,

declarar que el demandante actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al RPM administrado por COLPENSIONES, ordenar a COLFONDOS S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todas debidamente indexadas, al momento de cumplir la orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, ordenar a COLPENSIONES el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del demandante al RPM e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante, condenar a COLFONDOS S.A. a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPM administrado por COLPENSIONES durante el tiempo en el cual estuvo afiliado el demandante, declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, y demás presentadas por las demandadas, conminar a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones necesarias a efectos de recaudar los dineros que surjan como consecuencia de ineficacia, costas a cargo de la demandada COLFONDOS S.A.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y Colfondos S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, referente a la condena en la devolución de las deducciones por gastos de administración, seguro previsional, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la Ley 100 de 1993 en su art. 20 y que opera para los 2 regímenes existentes, ya que se ordene la devolución de estos conceptos junto con los aportes, no sería procedente ordenar la devolución de los rendimientos financieros por gestión de la AFP, ello en virtud a los efectos de la declaratoria de nulidad, dando paso a las restituciones mutuas, de condenarse a ello se estaría frente a un cobro de lo no debido y un enriquecimiento sin causa.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque los numerales 1, 2 y 4 de la sentencia, manifestó que; se reprocha que al momento del traslado de régimen que lo fue en el año 1996 la realidad del momento en la ley solo era la existencia del formulario de afiliación que acredita la voluntad del afiliado, en cuanto a la carga de la prueba se torna algo imposible para la AFP ya que para la época no se exigía condición diferente a la antes descrita, debe realizarse un estudio de forma objetiva de la carga de la prueba, pues no

existe un vicio de fuerza, error o dolo, y no hay esfuerzo alguno por la parte demandante para demostrar lo pretendido, con lo cual se desvirtúa el principio de confianza legítima, se viola el debido proceso de COLPENSIONES que quien no participo del acto jurídico y si debe afrontar la carga de una prestación económica, timando gran relevancia el principio de la relatividad jurídica, ya que las consecuencia deben repercutir sobre las partes involucradas, el demandante ha permanecido por más de 25 años en el RAIS generándose un desequilibrio de financiación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de la demandada COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia, dice que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en cuanto a la carga de la prueba esta basta con el consentimiento otorgado a través del formulario de afiliación, además que la entidad se ve afectada con la descapitalización y sostenibilidad financiera del sistema, como solicitudes adicionales en caso de confirmarse la decisión, se adiciones que solo podrá cumplirse lo ordenado una vez se ejecute lo pertinente por COLFONDOS S.A., la apoderada de la parte demandante solicito se confirma la sentencia apelada para lo cual trae a colación el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Colfondos S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 1 de junio de 2021 y su respuesta del día 23 del mismo mes y año, con la que se pretendía la nulidad de la afiliación al RAIS. (archivo 02DemandaAnexos.pdf, fls. 97 a 103).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus***

beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*"En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia***

del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba

acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veintiuno (21) de septiembre de 1958 (archivo 02DemandaAnexos.pdf, fl. 24), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 12 de febrero de 1979 al 30 de abril de 1995 un total de 230.71 semanas (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2193-20220222110228.PDF, carpeta historia laboral), iii) que el nueve (9) de julio de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de septiembre de 1996 (archivos 05ContestacionColfondos.pdf y 02DemandaAnexos.pdf, fls. 19 y 111 respectivamente) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según reporte de días acreditados aportada por la parte demandante con 1.495 semanas (archivo 02DemandaAnexos.pdf, fl. 112).

Tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara,

precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Saulo Manuel Rodríguez Flórez asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, de forma indexada, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia

de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar**

valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

Respecto a la tesis de actos de relacionamiento esta no es admisible, pues la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5686 de 2021 dijo: *“La teoría de los actos de relacionamiento para determinar una afiliación o desafiliación tácita no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado, dado que la migración de la persona del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y posteriores tránsitos entre fondos privados implican una afiliación expresa -ni la afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan la información debida y suficiente del afiliado acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos- El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.”.*

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el nueve (9) de julio de 1996 con efectividad el 1 de septiembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente

controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintiséis (26) de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **SAULO MANUEL RODRÍGUEZ FLÓREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ