



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 003-2020-00244-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **LUIS JAVIER OSSA GÓMEZ**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES
COLSUBSIDIO**
ASUNTO: **APELACIÓN PARTE DEMANDADA
GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
(COLPENSIONES)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por Colpensiones y Colsubsidio, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Previo a continuar con el asunto, se advierte:

AUTO

A ítem 033 del plenario obra solicitud de la Dra. Sandra Milena Quevedo Gómez, apoderada de la parte demandada **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO**, mediante la cual presenta desistimiento del recurso de apelación, en el que señala textualmente que:

“(..), respetuosamente manifiesto al Juzgado que por economía procesal desisto del Recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia proferida por su Despacho el día 2 de agosto de 2022.”

El artículo 316 del Código General del Proceso dispone sobre el desistimiento de los recursos interpuestos, lo siguiente:

“ARTÍCULO 316. DESISTIMIENTO DE CIERTOS ACTOS PROCESALES. Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas.

El desistimiento de un recurso deja en firme la providencia materia del mismo, respecto de quien lo hace. Cuando se haga por fuera de audiencia, el escrito se presentará ante el secretario del juez de conocimiento si el expediente o las copias para dicho recurso no se han remitido al superior, o ante el secretario de este en el caso contrario.

El auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos:

- 1. Cuando las partes así lo convengan.*
- 2. Cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido.*
- 3. Cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares.*
- 4. Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas.”*

Al respecto, se estima que la solicitud presentada cumple con los requisitos establecidos en los artículos 316 del C.G.P, y así mismo, se advierte que la apoderada de la demandada *cuenta con la facultad expresa para desistir*, como se observa en el poder otorgado mediante Escritura Pública No. 0345 del 18 de Marzo de 2019 de la Notaría 65 del Círculo de Bogotá (Archivo 022); en virtud de lo cual es procedente **ACEPTAR** el desistimiento del recurso de apelación presentado por la parte demandada **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO** en audiencia celebrada el día 22 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de radicación 003-2020-00244-01.

No obstante, lo anterior, y como quiera que la parte demandada Colpensiones presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, se **ORDENARÁ** continuar con el trámite dentro del presente proceso, única y exclusivamente en lo que tiene que ver con el recurso de apelación presentado por el apoderado sustituto de la parte demandada **COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida en primera instancia, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de esta.

COSTAS

En atención a lo anterior y conforme los lineamientos establecidos en el artículo 316 del C.G.P, habrá lugar a condenarlo en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de la demandada **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO** y en favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR EL DESISTIMIENTO del recurso de apelación presentado por la parte demandada **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO** en contra de la sentencia proferida en primera instancia, conforme solicitud vista en el archivo 033 del expediente digital.

SEGUNDO: ORDENAR continuar con el trámite del presente proceso, en lo que tiene que ver única y exclusivamente con el recurso de apelación presentado por la parte demandada COLPENSIONES en audiencia celebrada el 2 de agosto de 2022, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de esta.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandada **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV.

Acto seguido se procede a dictar la correspondiente **SENTENCIA:**

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las demandadas presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 2 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **LUIS JAVIER OSSA GÓMEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO**, debidamente sustentada como aparece a folios 3 a 9 del expediente digital - Documento 001, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- 1) Que se declare que COLSUBSIDIO efectuó cotizaciones por el señor LUIS JAVIER OSSA GÓMEZ después de que fue pensionado por el HOSPITAL MILITAR CENTRAL a través de resolución 0213 de 31 de mayo de 2001.
- 2) Que se declare que COLSUBSIDIO efectuó aportes por el Señor OSSA GÓMEZ desde el mes de junio de 2001 hasta el mes de octubre de 2013.
- 3) Que se declare que el Señor OSSA GÓMEZ tiene derecho a la devolución de aportes cotizados a COLPENSIONES desde el mes de junio de 2001 hasta el mes de octubre de 2013 en el porcentaje que le corresponda.

Condenatorias:

- 1) Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES a efectuar la devolución de aportes cotizados a COLPENSIONES para el período junio 2001 – octubre 2013 al empleador COLSUBSIDIO.
- 2) Que una vez se efectúe la devolución de aportes a COLSUBSIDIO, esta compañía reintegre al Señor OSSA GÓMEZ el porcentaje de aportes que le corresponda de acuerdo con lo cotizado.
- 3) Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda, visible en Archivo 006. Se opuso a las pretensiones del demandante manifestando que habida cuenta que el Decreto 2665

de 1988 en su artículo 40, frente a la figura de la devolución de aportes en el RPM indica que procede a favor de la persona que realizó el aporte parafiscal, siendo en el caso en concreto la llamada de tal circunstancia la Caja de Compensación Familiar COLSUBSIDIO y no el actor. Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO, contestó la demanda, obrante en Archivo 009, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, arguyendo, que, si bien Colsubsidio realizó aportes a seguridad social en pensión a favor del señor Luis Javier Ossa Gómez, lo hizo actuando conforme las disposiciones legales que hacían procedente el pago de aportes a Seguridad Social en pensión a favor del actor, como quiera que la pensión de jubilación que el Hospital Militar le reconoció al demandante no suprimió la obligación de Colsubsidio de aportar al Sistema de Seguridad Social de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, y por tanto la Corporación debió continuar cotizando para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, ya que no ha existido ninguna incompatibilidad entre esta prestación con la pensión que está disfrutando el señor Ossa. Propuso las excepciones de mérito, que denominó: cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, compensación y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 3° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 2 de agosto de 2022 (Archivo 31 y 32), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante **LUIS JAVIER OSSA GÓMEZ**, la devolución de los aportes correspondiente a la parte deducida directamente al trabajador demandante en el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2001 hasta el 31 de octubre de 2013, conforme a la parte motiva de esta providencia, suma que deberá cancelarse debidamente indexada al momento de su pago.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de **PRESCRIPCIÓN** propuesta por las demandadas, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la Demandada **COLPENSIONES**, las que se tasan en la suma de **UN MILLÓN (\$1.000.000) DE PESOS MCTE**.

CUARTO: EN CASO DE NO SER APELADA LA PRESENTE DECISIÓN POR LA PARTE DEMANDADA **COLPENSIONES**, CONSÚLTASE CON EL SUPERIOR EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 69 DEL C.P.LY SS.”

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación, en los siguientes puntos de decisión:

- 1. NO PROCEDENCIA DE LA DEVOLUCIÓN DE APORTES:** El apoderado de la parte demandada, presenta inconformidad frente a las condenas emitidas, señalando que para la entidad no es claro el tema de los aportes dados por Colsubsidio en las calendas que se especificaron en el escrito de demanda y por cuanto, conforme con la devolución de aportes de que trata el art. 40 del Decreto 2665 de 1988, en este caso, no procedería; manifestó, que al analizar el expediente administrativo no es posible determinar la densidad de semanas que se hayan realizado por parte del señor Ossa Gómez o por parte de cualquier otro empleador ante la entidad.

Igualmente estima que hay una incompatibilidad para recibir o para dar cualquier tipo de devolución o indemnización, esto es, cuando una persona ya ha recibido algún tipo de asignación de parte del Tesoro Público como es el caso del señor actor quien ya ostenta una pensión de jubilación, lo anterior, atendiendo el artículo 19 de la Ley 4 del 92 y el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, que precisa que no debe haber una simultaneidad que provenga del Tesoro Público, lo cual es palpable en el presente asunto, adicionalmente, indicó que los periodos que el actor estima se deben devolver han sido también de una manera u otra sufragados para la pensión de jubilación que recibe de tiempo atrás, razones por las cuales, indicó que no emergieron los presupuestos esenciales para que proceda una devolución de aportes o una indemnización sustitutiva y en tal sentido solicita se revoque la decisión.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que se impartió condena en contra de **COLPENSIONES**, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de consulta* a favor de ésta, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado, el demandante tiene derecho a la devolución de aportes cotizados ante **COLPENSIONES** para el período de junio de 2001 a octubre de 2013 por parte del empleador **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO**.

STATUS DE PENSIONADO:

No fue objeto de discusión que mediante Resolución No. 0213 del 3 de mayo del 2001 el Hospital Militar Central, reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor del demandante, por haber prestado sus servicios por más de 20 años, en cuantía de \$2.165.314 a partir del 1 de mayo de 2001 (Documento 034 – Pág. 16 a 19).

Que, mediante Resolución No. 0370 del 24 de agosto de 2001, el Hospital Militar Central, modificó la Resolución No. 0213 del 3 de mayo del 2001, en el sentido de establecer que el valor de la mesada pensional era de \$2.190.426. (Documento 034 – Pág. 13 a 14), que a través de Resolución No. 0923 del 31 de diciembre de 2001, se dispuso nuevamente reajustar el salario a partir del 1 de enero de 2001 en la suma de \$2.199.437 (Documento 034 – Pág. 9 a 11); así mismo, que, mediante Resolución No. 467 del 11 de mayo de 2018, se resolvió no revocar la Resolución No. 0213 del 3 de mayo del 2001 (Documento 034 – Pág. 5 a 8).

Igualmente, vale la pena resaltar que el demandante cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensional administrado por el ISS hoy COLPENSIONES un total de **1.013,14** semanas, bajo los empleadores “INSTITUTO DE SALUD DE LAS FUERZA MILITARES”, “CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR”, “HOSPITAL EL TUNAL”, “INSTITUTO DE SALUD FUERZA”, “HOSPITAL MILITAR CENTRAL”, “CLINICA INFANTIL COLSUBSIDIO” y “COLSUBSIDIO”, de manera interrumpida por el período comprendido entre el 30 de julio de 1990 al 31 de octubre

del año 2013, conforme se acredita en la Historia Laboral del actor actualizada al 19 de enero de 2021 (Pág. 493 a 505 – Archivo 008).

DEVOLUCIÓN DE APORTES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Sabido es, que, la *afiliación de los trabajadores* particulares constituye una obligación del empleador, desde antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, específicamente desde la **Ley 90 de 1946**, en la que el legislador concibió la existencia del ISS y se advirtió la necesidad de que contaran con una cobertura por contingencias de invalidez, vejez y muerte, mediante el pago de una suma mensual periódica, denominada pensión. De tal forma, que el amparo de dichos riesgos se hizo en diferentes reglamentos expedidos por el ISS de manera gradual y expansiva por el territorio nacional, y se concibió universal a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, momento en cual se cobijó a toda clase de trabajadores.

Así mismo, el **artículo 17 de la Ley 100 de 1993**, nos refiere sobre la *obligatoriedad de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones*, lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003:> *Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.*

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.”

En lo concerniente a la *devolución de aportes o cotizaciones*, el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del ISS contenido en el **Decreto 2665 de 1988 consigna en su artículo 40**, los casos en que este concepto procede, disposición vigente, conforme se expuso en SL660-2018, los cuales son:

“Los aportes patrono-laborales serán devueltos a quien los hubiere cancelado en los siguientes casos:

1. *Cuando se causen por errores imputables al ISS, tales como: novedades presentadas en forma correcta y oportuna, y no diligenciadas por el ISS; novedades diligenciadas con errores de procesamiento; pago por doble*

cobro de facturación, y cuando la persona a pesar de haber sido exonerada por el ISS para determinados riesgos aportó para ellos.

2. cuando se causen por error imputable a un tercero, v. gr. cuando por error en la novedad presentada por un patrono, se facturan a otra empresa los aportes correspondientes a este patrono.

3. Cuando se causen con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo y no se hubiera reportado oportunamente la novedad de retiro.

4. Cuando se hubieren cancelado aportes por IVM y ATEP en los períodos de huelga, paro o suspensión temporal de actividades efectuados en la forma prevista en la ley. Así mismo, se devolverán los aportes correspondientes a los trabajadores que se hubieren cancelado en este período por concepto de EGM.

5. Los demás casos que establezcan la ley y los reglamentos.”

(subrayado fuera del texto).

Conforme lo expuesto, encontramos que la devolución de aportes resulta procedente, entre otros, **cuando la persona a pesar de haber sido exonerada por el ISS para determinados riesgos aportó para ellos.**

En ese orden, las exclusiones del Sistema General de Pensiones, son expresas y se limitan a aquellas establecidas en el **artículo 279 y 61 de la Ley 100 de 1993**, esto es, para el caso del **RPMPD**: miembros de las fuerzas militares y de la Policía nacional, al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, miembros no remunerados de las corporaciones públicas, personal civil al servicio de las fuerzas militares, el magisterio, los servidores de Ecopetrol; y para el caso del **RAIS**: los pensionados por invalidez, las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tuvieran 55 años o más de edad si son hombres, 50 si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos 500 semanas.

Al respecto, y con el fin de verificar si es procedente o no la devolución de aportes a favor del señor Ossa Gómez, sea lo primero precisar que efectivamente una vez reconocida la pensión vitalicia de jubilación a favor del demandante, a partir del 1 de mayo de 2001, mediante Resolución No. 0213 del 3 de mayo del 2001 por parte del Hospital Militar Central (Documento 034 – Pág. 16 a 19), el empleador **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO**, continuó efectuando el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensión, de manera ininterrumpida por el período comprendido entre el **1 de junio de 2001 hasta el 31 de octubre de 2013**, pues ello, se acredita con la Historia Laboral (Pág. 493 a 505 – Archivo 008).

De igual forma, se evidencia que el actor acreditó el cumplimiento de los requisitos de la pensión de jubilación obtenida atendiendo el tiempo laborado para la Secretaría de Salud de la Guajira y el Hospital Militar, conforme se precisó en Resolución No. 467 del 11 de mayo de 2018 (Pág. 5 a 8 – Archivo 034), así:

Que, según certificaciones laborales obrantes en la hoja de vida, el solicitante, ya identificado, acreditó los siguientes tiempos laborados:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	INTERRUPCIONES	ENTIDAD O CAJA DE PREVISIÓN	DÍAS
SERVICIO SALUD PUBLICA – HOY SECRETARIA DE SALUD DE LA GUAJIRA	08-01-1974	08-01-1975	0	CAJANAL EICE	360
HOSPITAL MILITAR	15-12-1972	14-12-1973	0	HOSPITAL MILITAR	360
HOSPITAL MILITAR	01-02-1975	31-01-1978	0	HOSPITAL MILITAR	1.080
HOSPITAL MILITAR	01-03-1978	01-03-1981	0	HOSPITAL MILITAR	1.080
HOSPITAL MILITAR	01-03-1982	30-08-1983	30	HOSPITAL MILITAR	510
HOSPITAL MILITAR	01-09-1983	30-04-2001	0	HOSPITAL MILITAR	6360

Que el tiempo total EFECTIVAMENTE laborado corresponde a 9.750 días, equivalente a 27 años de servicio

Por lo que es dable concluir que para el reconocimiento de la pensión en mención no se tuvo en cuenta ni las semanas ni los aportes cotizados por el empleador **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO**, descartándose desde ya, el argumento de la entidad, referente a la imposibilidad de la devolución de los aportes por encontrarse incluidos en la pensión de jubilación pagada por el Hospital Militar.

Adicionalmente, también es claro, que los recursos de los aportes en pensión realizados por la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO**, no provienen del erario público, por lo tanto, no hay incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida y estos. Resaltando que si bien la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES refiere a una empresa industrial y comercial del Estado, los aportes efectuados por el demandante para financiar una eventual pensión de vejez provenían de aportes efectuados por un empleador del sector privado (Colsubsidio) y no del tesoro público.

En tal sentido, al verificar *las exclusiones del Sistema General de Pensiones* establecidas en el **artículo 279 de la Ley 100 de 1993**, previamente citadas, lo cierto es que el caso del actor no se enmarca en ninguna de estas hipótesis, por lo que desde ya ha de concluirse que no resulta procedente la devolución de aportes, puesto, que al no cumplir con ninguna de las exclusiones, como ya se dijo, no le es aplicable el artículo 40 del Decreto 2665, esto es, la procedencia de la devolución

de aportes, por cuanto no se encontraba *exonerado por el RPMPD para dejar de aportar el riesgo de invalidez, vejez y muerte.*

Al respecto, *frente la obligación de afiliación y pago de aportes respecto de un trabajador previamente pensionado*, nuestro máximo órgano, en SL674-2013, explicó:

“De las normas que conforman la proposición jurídica de los cargos, no es dable colegir que los pensionados por jubilación, como el actor, se encuentren excluidos del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Ello es así, porque las exclusiones del sistema son expresas y se restringen a aquellas excepciones de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y a las que particularmente se consagran para el RAIS, previstas en el artículo 61 ibidem.

Tan cierto es lo dicho precedentemente, que el artículo 15 del mismo estatuto, señala quiénes son afiliados al Sistema General de Pensiones, y destaca que bien pueden afiliarse como voluntarios «todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley». De esa suerte, el régimen pensional vigente no consagra exclusión alguna que corresponda a los pensionados por jubilación convencional, con lo cual se desmiente lo afirmado reiteradamente en las acusaciones.

Así las cosas, no desatinó el Tribunal al asentar que la prestación extralegal que recibe el demandante no le impedía cotizar al Sistema de Pensiones, lo cual se aviene a lo que adoctrinó la Sala en proveído CSJ SL6718-2016: «En el horizonte trazado se tiene que la Ley 100 de 1993 no consagró disposición alguna que excluya de la afiliación al sistema pensional a las personas que estén disfrutando de una pensión convencional, como sucede en el asunto bajo examen».”

En efecto, lo cierto es que la prestación pensional de jubilación reconocida al actor por parte del Hospital Militar Central pertenece a un *régimen especial*, por lo que, no pertenece al sistema general de pensiones, de ahí la pertinencia del anterior precedente jurisprudencial, por lo que se reitera que de acuerdo con las normas señaladas no se configura ninguna exoneración para la empresa COLSUBSIDIO frente a su obligación de afiliar al demandante al sistema general de seguridad social y pagar los aportes pensionales correspondientes.

En esta línea, ha de tenerse en cuenta, adicionalmente, que la Corte Suprema de Justicia en SL1148-2023, frente al *hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional*, ha adoctrinado:

“Ahora, esta corporación en sentencia CSJ SL1922-2020, indicó que *«el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. El trabajo efectivo, desarrollado en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo.* Esta última providencia reiteró lo expuesto en sentencia CSJ SL514-2020 en la que se explicó:

[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras. (Subrayado por fuera del texto)

Así, las cotizaciones pensionales son una consecuencia del trabajo, es decir, se generan por la ejecución de la relación contractual entre el empleador y el trabajador, y salvo prohibición expresa no hay razón alguna que justifique la ausencia de pago de los aportes.”

Conforme lo expuesto, tenemos que no existe disposición alguna que excluya a aquellos trabajadores activos a los que se le hubiese reconocido una pensión de jubilación, de la obligación de hacer el pago de los aportes a pensión a cargo del sistema de seguridad social, destacándose, que el demandante, para el año 2001, data a partir de la cual se reconoce la prestación pensional se encontraba laborando para **COLSUBSIDIO**, y continuo prestando sus servicios a la misma hasta el año 2013, por lo que es claro, que la relación laboral continuo vigente, y por ende la obligación de su empleador en el pago de los aportes a pensión, más aún cuando para dicha data el actor contaba con 55 años edad (fecha de nacimiento 13/04/1946 – Pág. 15 , archivo 01).

En suma, se concluye que al demandante no le es aplicable la disposición contenida en el artículo 40 del **Decreto 2665 de 1988**, es decir, la devolución de los aportes realizados a su favor por el empleador COLSUBSIDIO comprendidos del **1 de junio de 2001 hasta el 31 de octubre de 2013**, por lo que se procederá a **REVOCAR** la condena impuesta por el Juez de primera instancia en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para en su lugar **ABSOLVER** a la misma de las pretensiones formuladas en su contra.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de agosto de 2022, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** en todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **LUIS JAVIER OSSA GÓMEZ**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
(En uso de permiso)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 038-2020-00390-03

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: MARGARITA ROSA REYES MONROY
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA., AFP PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y como llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
ASUNTO: APELACIÓN COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de diciembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 25 de enero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes

ANTECEDENTES

MARGARITA ROSA REYES MONROY instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA., AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Solicito al Despacho **DECLARAR** la Nulidad y/o ineficacia del Traslado de Régimen que realizó el Demandante **MARGARITA ROSA REYEZ MONROY**, el día 01 de octubre de 1994, del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES– Hoy COLPENSIONES** a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se **ORDENE** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros, y bonos pensionales de **MARGARITA ROSA REYEZ MONROY**.
3. Se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen aprobado el día 01 de octubre de 1994, del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – Hoy COLPENSIONES** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.
4. Se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, recibir en esa administradora sin solución de continuidad a **MARGARITA ROSA REYEZ MONROY**.
5. Que se **CONDENE** en costas y gastos del proceso a las demandadas.
6. Las Demás condenas extra y ultrapetita que se prueben a lo largo del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de marzo 15 de 2021 (Archivo 06), fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda, por parte de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** (Archivo 08, 09 y 13), fueron contestadas en tiempo, como consta en auto de febrero 18 de 2022 (Archivo 20), se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito y por no contestada por parte de las **AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A.**

Así mismo, en el citado proveído, se dispuso a admitir el llamamiento en garantía formulado por **Skandia Pensiones y Cesantías S.A.** en contra de **MAPFRE**

COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., quien contesto dentro del término legal (Archivo 24), conforme da cuenta el auto de julio 26 de 2022 (Archivo 25).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 38° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá** profirió sentencia el 15 de diciembre de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora **MARGARITA ROSA REYES MONROY** con destino a la A.F.P. COLFONDOS S.A. con la ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 7 de septiembre de 1994, con efectividad del primero de octubre de esa anualidad. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y A.F.P. SKANDIA S.A.** que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por **COLPENSIONES**, los recursos recaudados por cuenta de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivo los recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL _____ x VALOR HISTORICO = VALOR INDEXADO
(Valor mensualmente recibido en el RAIS por cada una de las accionadas)
INDICE INICIAL

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el pago del aporte correspondiente, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se paguen con los recursos propios con de las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., en proporción al tiempo al que estuvo afiliada la demandante en estas AFP. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Sin lugar a descuento alguno.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos son producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse a este.

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía por la AFP SKANDIA S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP COLFONDOS S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la accionante. Y cuanto el llamamiento en garantía, las costas serán a cargo de la demandada SKANDIA S.A., En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SEXTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el SUPERIOR.”

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **AFP PORVENIR S.A.**, presentó recurso parcial en contra de la decisión, específicamente, el numeral segundo, en lo que corresponde a la devolución de los dineros, indicando que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta corporación ya ha indicado y reiterado que la misma que no se podrá aplicar de manera homogénea, sino bajo una similitud de condiciones prácticas, encontrando que para el año 2020, solo es procedente la devolución de aportes y rendimientos, pues los demás conceptos ordenados no forman parte de la pensión y por consiguiente están sujetos al fenómeno de la prescripción; ahora bien, en el evento que se confirme la decisión, solicita que los sumas ordenadas no sean indexadas, ya que al ordenar la devolución de los rendimientos financieros se incluyen los frutos e intereses que se obtienen de la AFP por los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación del demandante, lo que sin duda entonces debe descartar la indexación, como también ya lo ha entendido el Tribunal Superior de Cundinamarca, en el sentido de precisar que con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes, se compensaría el valor adquisitivo de la moneda, y como quiera que ya se devolvieron los rendimiento por parte de mi representada se estaría incurriendo en una doble sanción.

La parte demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, igualmente, interpone recurso de apelación parcial, en cuanto a la condena tendiente a devolver, los gastos, comisiones y seguros provisionales, debidamente indexados, ya que Skandia Pensiones y Cesantías S.A. descontó dichos porcentajes, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, más específicamente lo establecido en el inciso final, donde se indica que el 3% restante se destinará para financiar los gastos de administración. Ahora, en caso de confirmarse la decisión, frente a la decisión de los seguros previsionales, solicita esta condena sea redireccionada hacia la aseguradora Mapfre, teniendo en cuenta que la administradora no cuenta con esos recursos, y se quedó sin piso el contrato con el cual se le dio aseguramiento a los riesgos del demandante por lo que no habría obligación por parte de su representada sino por parte de la llamada.

La parte demandada **COLPENSIONES**, interpone recurso de apelación frente a la decisión proferida, puesto, que indica, que, a la demandante, no le asiste el derecho a reintegrarse al régimen de prima media. Que de la suscripción de las afiliaciones genera obligaciones recíprocas, por lo que no solo existe la obligación de las AFP de brindar la información para el traslado de régimen, sino que el afiliado verifique la información de manera autónoma. Adicionalmente, ruega tener en consideración, que al margen de tiempo en que se encontraba plenamente vinculado al RAIS es clara de su intención de permanecer bajo la cobertura de este sistema.

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, efectuado por **MARGARITA ROSA REYEZ MONROY** el día 7 de septiembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, último fondo en que estuvo afiliada la demandante, al igual que la **AFP PORVENIR S.A.**, **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a **COLPENSIONES**, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** el 7 de septiembre de 1994 (Pág. 19– Archivo 09), luego el 20 de mayo de 2008 se trasladó a **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** (Pág. 178 – Archivo 01), posteriormente, se trasladó a la **AFP PORVENIR S.A.** el 27 de septiembre de 2010 (Pág. 169 – Archivo 01), regresando nuevamente a la **AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** el 1 de junio de 2011 (Pág. 169 – Archivo 01), se trasladó a partir del 1 de noviembre de 2013 a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (Pág. 184 – Archivo 01), retornando, por tercera vez, a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS** a partir del 1 de noviembre de 2011 (Pág. 185 – Archivo 01).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen

sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo e Historia Laboral (Archivo 13); **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS:** SIAFP, estado de afiliación, reporte estado de cuenta y comunicado de prensa (Archivo 09); **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.:** formularios de afiliación, HL consolidada, estado de cuenta, bono pensional, SIAFP, derecho de petición y respuesta del mismo (Archivo 08) y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.:** pólizas y condiciones generales del contrato de seguro (Archivo 24).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 7 de septiembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 7 de septiembre de 1994, la demandante tenía 254.29 semanas (Pág. 42 contestación Skandia S.A.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 30 de octubre de 1965 - pág. 158 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Skandia S.A., la demandante había cotizado 1.149,29 semanas (Pág. 42 contestación Skandia S.A.) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP COLFODOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 7 de septiembre de 1994, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que la AFP PORVENIR SA., AFP PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito

inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

Lo anterior, se repite, 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.”

Del mismo modo, se confirmará y aclarará lo decidido por la *a quo*, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes con sus rendimientos financieros, lo mismo que los gastos de administración, seguros previsionales, bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente

indexados en favor de COLPENSIONES y con cargo a sus propios recursos, desestimando lo peticionado por la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. en la alzada de compensar estas sumas con los rendimientos financieros que se ordena devolver. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) 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.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

Finalmente, respecto, de la solicitud presentada por Skandia Pensiones y Cesantías, referente a que se revoque la decisión en cuanto se absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., atendiendo las pólizas suscritas entre estas, esta Sala comparte la decisión emitida en primer grado, por cuanto, efectivamente, la mencionada aseguradora no tiene obligación de cubrir ninguna condena derivadas en el presente proceso, toda vez que verificadas las pólizas suscritas, estas, consisten en cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia de conformidad con el artículo 108 de la Ley 100 de 19931, por lo que se confirmará la decisión en tal sentido.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cargo de cada una.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022 por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales

¹ **“ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.** *Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”*

si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá la AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada a dichos fondos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cargo de cada una.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(En uso de permiso)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [38-2020-00390-03](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Margarita Rosa Reyes Monroy
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**038-2020-00390-03**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e1ded47169dfd0e85b8cf1c10f6ebd7b9dd97a8662d8b1a494efac0d30e226f2**

Documento generado en 18/07/2023 11:32:57 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>