República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **02 2021 00115 01**
Demandante:	LIGIA MARTÍNEZ PULGARÍN
Demandado:	CENTAUROS MENSAJEROS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 6 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LIGIA MARTÍNEZ PULGARÍN promovió demanda ordinaria laboral en contra de CENTAUROS MENSAJEROS S.A., a fin de declararse la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2007 y el 26 de febrero de 2020, el cual fue continuo e ininterrumpido, así como que durante el interregno laboral recibió una remuneración equivalente a un S.M.L.M.V. y el bono mensual de auxilio de transporte de $105.524, bonificación recibida a partir del 1º de abril de 2014 y para cada anualidad.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de salarios insolutos desde el 14 hasta el 26 de febrero del año 2020, junto con el auxilio de transporte sobre el mismo periodo.

Asimismo, se condene al pago de auxilio de cesantías para las anualidades 2018, 2019 y 2020, intereses a las cesantías causados por la mora ante el incumplimiento en el pago de las cesantías del año 2017 y las cesantías causadas desde el 1º de enero de 2018 hasta la fecha.

Al pago de prima de servicios desde el 1º de enero hasta el 26 de febrero de 2020, compensación de vacaciones entre el 3 y el 26 de febrero de 2020 debidamente indexadas.

Igualmente, al pago de la indemnización contemplada en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975 por el incumplimiento del pago de los intereses a las cesantías durante el año 2017 y realizado el 18 de diciembre de 2018, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que laboró al servicio de CENTAUROS MENSAJEROS S.A. sin solución de continuidad desde el 10 de mayo de 2007 hasta el 26 de febrero de 2020, suscribiendo un contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de Auxiliar de Oficina.

Que el salario acordado para la anualidad 2007 era de $433.800, más una prima especial de transporte de $210.000, puntualizando además que para el momento de la suscripción del contrato de trabajo inició labores bajo la modalidad de *outsourcing* para el banco Citi Bank como Auxiliar de Oficina.

Refirió que desde el 1º de abril de 2014 el valor del auxilio fue desglosado en $246.440 como auxilio especial de transporte fijo y $105.524 como bonificación prestacional, así como que para el 14 de febrero de 2018 la encartada incumplió con las cesantías del año 2017, siendo cancelado hasta el 18 de diciembre de 2018.

Expuso que el 31 de enero de 2020 finalizó el contrato comercial entre CENTAUROS MENSAJEROS S.A. y SCOTIABANK COLPATRIA, lo que condujo a que el 3 de febrero de 2020 la demandada le informara que saldría a disfrutar de las vacaciones sobre el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2019 y el 2 de febrero de 2020, las cuales disfrutó desde el 3 hasta el 13 de febrero de 2020, ingresando nuevamente a sus labores el 14 de febrero de 2020, laborando hasta el 26 de febrero de 2020 cuando finalizó su contrato de trabajo como consecuencia de la renuncia voluntaria que presentara.

Que la demandada le adeuda lo concerniente a la liquidación por valor de mora causado ante el retardo en el pago de la prima para el año 2017 realizado el 16 de abril de 2018, no ha efectuado los pagos obligatorios de cesantías para los periodos 2018 y 2019, ni para los periodos ya avanzados de la anualidad 2020, mismos interregnos en que tampoco se cancelaron los intereses a las cesantías.

Indicó que no se realizaron los pagos obligatorios de vacaciones impuestas y no pagadas desde el 3 hasta el 13 de febrero de 2020, salario entre el 14 y el 26 de febrero de 2020, aportes al sistema de seguridad social en salud desde el mes de diciembre de 2019 hasta el mes de febrero de 2020 y aportes a la caja de compensación desde el mes de diciembre de 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La parte demandada CENTAUROS MENSAJEROS S.A. aceptó la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con la aquí demandante por el

periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2007 y el 26 de febrero de 2020, el cual finalizó como consecuencia de la renuncia de la trabajadora.

Adujo igualmente que no pudo pagar oportunamente los conceptos relacionados en la liquidación definitiva de acreencias laborales a razón de la iliquidez y situación financiera que presentaba, pero a pesar de ello, el 20 de septiembre 2021 canceló a través de consignación a la cuenta de ahorros de la actora en el banco Scotiabank Colpatria lo de su cargo.

Formuló como medios exceptivos los denominados buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de febrero de 2023 condenó a la demandada pagar a favor de la demandante la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a razón de un día de salario equivalente a $36.206, desde el 27 de febrero hasta el 19 de agosto de 2020 en la suma de $6.480.874.

Asimismo, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, condenando en costas a la encartada en la suma de un S.M.L.M.V.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* en primer lugar que, no fue objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, como tampoco que las prestaciones reclamados por la demandante le fueron canceladas con posterioridad a la presentación de la demanda, de allí que el litigio se hubiese fijado únicamente con relación a la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Que en tratándose de la indemnización en comento, la misma debe analizarse en cada caso como quiera que no es de aplicación automática, ello con la finalidad de auscultar la configuración de situaciones que releven el pago, aspecto que por demás lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Para tal efecto, argumentó que el órgano de cierre también ha dejado por sentado que en los casos de insolvencia o crisis del empleador, ese tópico no constituye de manera automática la buena fe, como tampoco la situación de caso fortuito o fuerza mayor para que se exonere de la indemnización moratoria; circunstancia por la cual, coligió que de las pruebas acreditadas al plenario, se pudo constatar que la demandada ingresó en proceso de reorganización empresarial en los términos de la Ley 1116 de 2006 el 20 de agosto de 2020.

Por tal razón, para el momento que finalizó el vínculo laboral de la demandante, esto es, el 26 de febrero de 2020, la encartada no se encontraba en proceso de reorganización, como tampoco había solicitado su admisión a dicha figura, pues este último aspecto tan solo se dio hasta el 31 de julio de 2020, por lo que no resulta de recibo lo expuesto por la pasiva en el entendido de que la falta de cancelación de las acreencias de la actora fue con ocasión de proceso de reorganización, por cuanto ocurrió tiempo después, lo que daba lugar a la imposición indemnizatoria.

A pesar de lo anterior, también refirió que atendiendo los postulados de la Corte, dicha indemnización debe limitarse hasta el momento en que se aceptó el proceso de reorganización empresarial, limitando así su pago hasta el 20 de agosto de 2020, calenda en que se dio la aceptación de dicha reorganización, puntualizando además que al finiquito laboral la actora recibió como último salario mensual la suma de $1.086.181 de conformidad con lo expuesto en la liquidación final de prestaciones sociales.

Por último, declaró no probado el medio exceptivo de prescripción.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó en su alzada que no debe prosperar la indemnización moratoria, sino el pago de la indexación de las sumas adeudadas, ello por cuanto para el momento de la finalización del contrato de trabajo con la demandante existía una crisis financiera, tan es así que tenía sus cuentas embargadas, aspecto que se encuentra demostrado dentro del plenario, inclusive de la DIAN.

Que ante esas circunstancias, fue por lo que se tuvo que llevar a cabo el proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006, al punto que después de finalizado el contrato de trabajo se le reconocieron las acreencias adeudadas, lo que demuestra la buena fe regulada en la doctrina jurisprudencial.

De otro lado, la parte demandante indicó en su alzada que si bien se encuentra conforme con ocasión a la condena impuesta frente a la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T., lo cierto es que no debió limitarse la fecha de la misma a la aceptación del proceso de reorganización de CENTAUROS MENSAJEROS S.A., sino que el pago indemnizatorio debe abarcar hasta el momento en que se sufragó la cancelación total de la liquidación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención de los recursos de apelación interpuestos por las partes la Sala deberá auscultar si goza de prosperidad el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

De salir avante lo anterior, también deberá determinarse la fecha en que debe cesar la misma.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos expuestos en precedencia, es propicio indicar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2007 y el 26 de febrero de 2020, el cual finalizó por renuncia de la aquí demandante en su calidad de trabajadora, prueba de ello es la copia del vínculo contractual, la carta de renuncia elevada por la actora y la certificación laboral expedida por la encartada (Fls. 23 a 26, 29 y 32 – PDF 01 ESCRITO DE DEMANDA y fls. 33 a 35 – PDF 08 CONTESTACIÓN DEMANDA).

(ii) Que de conformidad con el auto No. 2020-01-439516 del 20 de agosto de 2020 expedido por la Superintendencia de Sociedades, en concordancia con el certificado de existencia y representación legal de CENTAUROS MENSAJEROS S.A., a esta última le fue aceptado el proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006, precisamente a partir del 20 de agosto de 2020 (Fls. 17 a 32 y 83 a 90 – PDF 08 CONTESTACIÓN DEMANDA).

(iii) Que CENTAUROS MENSAJEROS S.A. expidió el 13 de marzo de 2020 a favor de la demandante liquidación final de prestaciones social por valor de $3.143.499, monto que le fue cancelado el 20 de septiembre de 2021 a través de la entidad financiera Scotiabank Colpatria (Fls. 36 a 37 – PDF 08 CONTESTACIÓN DEMANDA).

(iv) Que el último salario devengado por la demandante ascendió a la suma de $1.086.181.

d. De la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T.:

Al respecto, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de indemnización no es de aplicación automática, sino que su imposición opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, situación que implica a su vez que cada caso deba analizarse en forma particular, sentencias SL3356-2022, Radicación No. 91692 del 16 de agosto de 2022, SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, SL5040-2019, Radicación No. 70909 del 6 de diciembre de 2019, entre otras.

Ahora bien, en tratándose de situaciones relacionadas con el proceso de reorganización de una sociedad bajo la égida de la Ley 1116 de 2006, las sentencias referenciadas en precedencia siguen una línea doctrinal donde se sostiene que la crisis financiera o de insolvencia no es óbice para la absolución de la indemnización moratoria puesto que ese aspecto no puede atenderse como de buena fe, toda vez que es un riesgo del empresario; así se resumió dentro de la sentencia SL3356-2022, Radicación No. 70531 del 16 de agosto de 2022 donde se sostuvo:

> *"Según el juzgador de la alzada, no era dable la aplicación del artículo 65 del CST, pues estaba demostrada la mala fe de la empleadora, en virtud*

del proceso de reestructuración en el que se encontraba inmersa, ya que su insolvencia o crisis financiera excusaba la cesación de pago de salarios y prestaciones sociales.

"Contrario a lo concluido por el Colegiado, lo que ha sostenido la Corte es que el recto entendimiento de la norma exige que sea preciso analizar la conducta asumida por el deudor al momento de la finalización del contrato de trabajo, en aras de verificar si existieron razones serias y atendibles que justificaran su omisión, y lo coloquen en el terreno de la buena fe.

"De antaño ha sido criterio constante en las decisiones de la Sala que, en principio, los casos de insolvencia o crisis económica del empleador no son constitutivos de buena fe en forma automática, como tampoco obedecen a una situación de caso fortuito o fuerza mayor que lo exoneren de la indemnización moratoria. Aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional, quien así lo alegue deberá demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio de la actividad productiva y, por ende, previsible (CSJ SL1595-2020).

"Corolario de lo anterior, es advertir que el juez de la apelación incurrió en un yerro ostensible, por no analizar la conducta de la empleadora al momento en que terminó el nexo contractual, sino que se fundó en hechos ocurridos posteriormente, como lo fue la apertura del proceso de reorganización el 10 de diciembre de 2016, esto es, más de un año después del finiquito del contrato de trabajo.

"De lo expuesto en precedencia habrá de casarse la sentencia enjuiciada, únicamente en cuanto revocó la condena impuesta a título de indemnización moratoria. Lo demás se mantiene incólume. Dado el éxito del recurso, no hay lugar a costas."

Sumado a lo anterior, en la sentencia SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, la Corte analizó un caso similar al que ocupa a la Sala atinente al proceso de reorganización, donde luego de finalizada la relación laboral del trabajador fue que se inició la mentada reorganización, a lo cual se definió que aquella conducta no podía atenderse como justificable, pero mermando la condena hasta la iniciación de esa reorganización, al respecto señaló:

"Así cosas, de las precitadas documentales allegadas por la demandada, la Sala no encuentra buena fe que justifique el incumplimiento en el pago de las deudas laborales del demandante exigibles a la terminación del contrato. No se debe perder de vista que el examen de la buena fe del empleador de cara al incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones que pueden dar lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ha de hacerse atendiendo a las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato de trabajo, pues, según esta preceptiva, es el incumplimiento en dicho momento, el que da lugar a la mencionada condena.

"De lo expuesto en precedencia, la demandada no demostró la existencia de razones serias y atendibles que justificaran el incumplimiento de sus obligaciones patronales, pues aun con dificultades económicas contaba con ingresos suficientes para el pago de las mismas a la fecha de terminación del contrato de trabajo, sin que tuviera que esperarse que con posterioridad se sometiera al proceso de reorganización, de manera que su conducta no puede ser ubicada en el campo de la buena fe, con el ánimo de exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

"En este punto debe recordarse que la jurisprudencia de la Sala ha sido clara en sostener que el mencionado proceso de reactivación económica no legitima al empleador para omitir el pago de las acreencias laborales (CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012).

"Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo hasta el 17 de octubre de 2012, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014)." (Subrayado por la Sala).

Bajo este escenario, de una parte, puede colegir este cuerpo colegiado que por el hecho de existir una presunta crisis financiera como lo alegó CENTAUROS MENSAJEROS S.A., entendida esta como un embargo de cuentas y demás, al tenor de los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuestos en precedencia, no puede

entenderse como una razón atendible para la exoneración de la indemnización objeto de reproche, máxime si se tiene en cuenta que entre la fecha de la finalización del contrato de trabajo ocurrido el 26 de febrero de 2020 y la fecha en que entró el proceso en reorganización, es decir, 20 de agosto de 2020, transcurrió un tiempo considerable respecto del cual no yace prueba que hubiese evidenciado si quiera una comunicación a la demandante que advierta la presunta crisis financiera alegada como motivo de absolución; por el contrario, lo que se evidencia es que la liquidación de prestaciones sociales tan solo vino a cancelarse el 20 de septiembre de 2021, situaciones por los que la condena impuesta en primera instancia habrá de confirmarse.

Por otra parte, también se considera que al haberse presentado el proceso de reorganización por parte de CENTAUROS MENSAJEROS S.A. luego de finalizada la relación laboral con la señora LIGIA MARTÍNEZ PULGARÍN, no existían razones atendibles que no generara la condena indemnizatoria; sin embargo, en razón de que la Superintendencia de Sociedades a través de auto No. 2020-01-439516 del 20 de agosto de 2020 admitió la intervención de la sociedad, resulta avante que esta condena se limite hasta el 19 de agosto de 2020, mismo extremo decidido por la falladora de instancia.

Así las cosas, la condena impuesta en primera instancia se mantendrá incólume, lo que a su vez conlleva a que la decisión de primera instancia sea confirmada en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 6 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **04 2021 00245 01**
Demandante:	GONZALO RUIZ ARIAS
Demandado:	ENERGIZER BRANDS COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 23 de enero de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GONZALO RUIZ ARIAS formuló demanda ordinaria laboral, en contra de la sociedad ENERGIZER BRANDS COLOMBIA S.A., antes SPECTRUM BRANDS COLOMBIA S.A., a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de

trabajo, con vigencia entre el 13 de noviembre de 2013 y el 8 de febrero de 2019, el cual terminó por causa no imputable al trabajador.

En consecuencia, pretende que se condene a la sociedad accionada al pago del cálculo actuarial a favor de la AFP de elección del demandante, auxilio de cesantías, sanción por la no consignación de cesantías a un fondo, intereses a las cesantías, indemnización por el no pago de intereses sobre las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que entre las partes existió un contrato ficto de trabajo desde el 13 de noviembre de 2013 hasta el 8 de febrero de 2019, siendo contratado en calidad de técnico en griferías y cerraduras, siendo enviado por la empresa a los clientes que contrataban sus servicios, para lo cual operaba una dependencia total respecto de la empleadora; que devengó en el año 2014 $21.231.060,24, 2015 $24.652.509,78, 2016 $27.810.500,54, 2017 $33.442.424,00 y 2018: $33.896.484,00, mientras que para los años 2013 y 2019 no se tiene certificación de los valores percibidos.

Relata que el trabajo estaba controlado y supervisado por la empresa y el cargo desempeñado hacía parte de la estructura empresarial; que en el mes de enero de 2019, la demandada en atención a la alta demanda de servicios, decidió contratar a un nuevo técnico, por lo cual el actor vio reducidos de manera ostensible sus

ingresos, por lo cual el 8 de febrero de 2019 prestó su último servicio y presentó su última cuenta de cobro ante la demandada, decidiendo el actor dar por terminada la relación laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada ENERGIZER BRANDS COLOMBIA S.A. dentro del término legalmente concedido contestó la demanda, señalando que nunca celebró un contrato de trabajo con el demandante; y por el contrario la relación contractual que existió fue de naturaleza comercial a través de un contrato verbal de prestación de servicios independientes.

Ello en tanto jamás existió la imposición de condiciones de modo, tiempo y lugar para la prestación del servicio, siendo que en calidad de contratante establecía los lineamientos básicos y expectativas del servicio, ante lo cual el demandante de manera autónoma, con plena independencia técnica y administrativa ejecutaba el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes.

Que la sociedad accionada a través de contratistas expertos en la materia, brinda a sus clientes servicios técnicos y de reparación de productos de diversas marcas, aunado a ello que el demandante no tenía algún tipo de exigencia específica de trabajar solo con la demandada o se le impidió prestar servicios autónomos en calidad de técnico a otras compañías; que el actor solo se relacionaba con la señora LINA MARÍA PACHECO, Analista de Servicio Técnico, quien de ninguna manera, era su superior jerárquico, sin que se hayan presentado los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Propuso y sustentó la excepción previa de prescripción, y las de mérito de cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de derecho legalmente protegible, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de enero de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 14 de enero 2014 hasta el 08 de febrero de 2019, y en consecuencia condenó a la demandada a pagar al demandante las siguientes sumas por auxilio de cesantías $ 11.901.903, intereses a las cesantías $341.664, prima de servicios $3.037.754, vacaciones $2.912.312, sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990 $2.786.868, indemnización moratoria a partir del 10 de febrero de 2019 un día de salario esto es $67.278 hasta por 24 meses para un total de $48.440.160 e intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación por la superintendencia bancaria o paquete de liquidación del mes 25 hasta cuando el pago se verifique y a trasladar a la administradora de pensiones en la cual se encuentre afiliado el actor o se afiliare si no lo estuviere, el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado entre 14 de enero de 2014 y final el 08 de febrero de 2019. Finalmente, declaro probada parcialmente la excepción de prescripción y absolvió de las demás pretensiones.

Para tal efecto el *a-quo* señaló que de a prueba testimonial y documental se da cuenta de la prestación del servicio, aunado a ello que no se desvirtuó la subordinación, en tanto los clientes de la empresa solicitaban garantía, ante lo cual

la empresa era quien fijaba el valor que se debía solucionar por los clientes al actor, así mismo la herramienta de trabajo era suministrada por la accionada, siendo el objeto social de ENERGIZER BRANDS COLOMBIA S.A., entre otros, el comercializar griferías y cerraduras, lo cual generaba una garantía, siendo prestado el servicios de reparación por intermedio del actor, así las cosas, las actividades son misionales de la empresa.

Refirió que se configuró la excepción de prescripción respecto de las acreencias casadas con anteriores al 9 de febrero de 2018, salvo aportes a seguridad social y cesantías. Aduce, que el actor no acreditó el hecho del despido, por lo que absolvió de la indemnización deprecada; de otra parte, estimó que no se acreditó un actuar de buena fe patronal, por lo que accedió a la condena por indemnización moratoria y sanción por la no consignación de las cesantías, ello en tanto el trabajo realizado era parte esencial de la empresa, por ende, no era factible que se preste a través de un contrato de prestación de servicios.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación. Sustentó la misma en que la subordinación se desvirtuó, en tanto no cumplía un horario de trabajo, cumplía las labores de garantía que tuviera bien realizar, y no existían obligación de justificar ausencias o retardos ante la empresa, sino antes los clientes; además no se comunicaba con la empresa para decidir si hacía o no efectiva una garantía, siendo libre al decidir si tomar o no los servicios, refiriendo la prueba testimonial que era el demandante quien se comunicaba con el cliente para coordinar la visita.

Los testigos además ni siquiera tienen clara cuál es la empresa demandada y que se aduce que actuó como empleadora, pues solo refieren a la marca *Black and Decker*, sin que se haya acreditado además una absorción de la misma por parte de la accionada y, por ende, no es de recibo que se estime que la accionada fue quien entregó las herramientas de trabajo.

De otra parte, que no es factible que haya laborado durante 24 horas de lunes a viernes, y no es cierto que solo prestara servicios en garantía para la demandada, refiriendo la testigo SMITH MORA, que tiene relaciones comerciales desde el año 2002. En el documento digital, se advierten diversos correos electrónicos en los cuales se advierte que son remitidos directamente por los clientes, y programan directamente con el demandante las visitas. Así mismo, que la empresa solo se limitaba a entregar datos de contacto de los clientes.

La señora FLAVIA CORTES, quien rindió declaración como testigo, da cuenta que existieron acuerdos con proveedores, como lo era el demandante, lo cual se debe a que la garantía no es una actividad misional de la empresa, en tanto la asesoría profesional de productos, no se refiere necesariamente a la garantía.

De otra parte, que el contratista solucionó los aportes a pensión, lo cual no fue tenido en cuenta el *a-quo*; así mismo, que la empresa actuó de buena fe, en tanto la garantía no hace parte de su objeto social, por lo cual externaliza tal actividad, siendo ello autorizado por el C.S.T., estando convencida que es dable actuar a través de proveedores. Además, que la moratoria solo opera durante 24 meses, siendo incompatible con intereses moratorios a partir del mes 25. Así mismo, no es compatible indexar las condenas, al resultar igualmente incompatible.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si entre las partes existió un contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes, en caso afirmativo, si se deben revocar las condenas por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de las cesantías e indexación.

4.3 Contrato de trabajo:

Es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL1891-2023, Radicación No. 96505 del 8 de agosto de 2023, SL1855-2023, Radicación No. 92817 del 9 de agosto de 2023, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante determinó como pilar fundamental de dicho elemento lo siguiente:

> *"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*

"La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

"No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

"A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

"De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas."

Así las cosas, descendiendo al *sub-examine*, aprecia la Sala que primeramente el actor en atención de la carga probatoria que le asiste al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., logró demostrar la prestación personal del servicio, en tanto, aceptado quedó tal aspecto desde la contestación de la demanda, en la cual los que se desconoció fue el elemento subordinante, al referir la accionada que *"La relación que existió entre las partes fue de naturaleza comercial dada la ausencia de subordinación".* De igual manera, se advierte en el plenario sendas certificaciones de los años 2014 a 2018, en las cuales se hace constar que la accionada contrató bienes y/o servicios con el demandante (Fls. 82 a 86 Demanda y anexos PDF). Adicionalmente, la representante legal de la accionada confesó en el interrogatorio de parte la prestación personal del servicio, señalando que operó en virtud de un contrato civil de prestación de servicios de carácter verbal, en virtud del cual *"prestaba servicios independientes a la Compañía para el manteniendo de ciertos productos con los clientes",* así como que *"La empresa ponía en contacto al señor Arias con los clientes".*

En ese orden de ideas, al no ser objeto de discusión la prestación personal del servicio, se activa la presunción contractual de que trata el artículo 24 del C.S.T., quedando así trasladada la carga probatoria frente a la parte demandada de derruir el elemento subordinante.

En tal sentido, debe acotarse que la prestación del servicio, tal como lo aceptó la demanda en la contestación al hecho octavo, consistía en brindar a los clientes de la empresa, los *"servicios técnicos y de reparación"*, en el marco de la garantía de los productos que enajenaban en desarrollo de su objeto social. Prestación del servicio que no se llevaba a cabo en las instalaciones de la empresa, en tanto se

consideraba al accionante como un proveedor autónomo de servicios. Así las cosas, en virtud del principio de la realidad consagrado en el artículo 53 Superior, y dada la manera que de manera particular se desarrolló la prestación personal del servicio, es menester establecer si se configuran los elementos de laboralidad; ello en tanto, el solo hecho de prestar el servicio en locaciones diferentes de la empresa o suministrar el actor determinadas herramientas de trabajo o tener contacto directo con los clientes, no desvirtúan *per se* la existencia del contrato de trabajo, en tanto aun en esos eventos, es dable que el servicio se preste bajo la continuada subordinación del empleador.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1780-2023, Radicación No. 93609 del 4 de julio de 2023, ha referido:

> *"Sin embargo, a pesar de que la accionante aparece en los contratos de prestación de servicios […] realmente estaba integrada[…], en la medida en que realizaba el trabajo según las instrucciones y bajo el control de las accionadas, su servicio debían ser ejecutados personalmente por ésta, que se trataba de un vínculo de cierta duración y continuo, y a cambio de ello recibía una remuneración periódica, siendo esta la única o la principal fuente de sus ingresos, circunstancias estas que, a la luz de la Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, son criterios de laboralidad".*

En efecto, dicho instrumento internacional regula en el artículo 13 como posibles indicios de laboralidad:

> *"(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o*

aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

Descendiendo al *sub-examine*, debe referirse que la prueba documental aportada al plenario atinente a cuentas de cobro, no logra derruir la presunción de existencia del contrato de trabajo, ello en tanto se constituyen solo en la manera formal que se estableció para el pago de la remuneración, sin que de luz alguna sobre la manera en que se ejecutó la prestación personal del servicio.

De otra parte, los correos electrónicos dan cuenta de la prestación personal del servicio y del contacto que mantenía el accionante con los clientes a quienes les realizaba los servicios técnicos, así como que la empresa por conducto de la señora LINA PACHECO OSPINA informaba de los servicios requeridos. Documental que no forma el convencimiento en cuanto la inexistencia de subordinación, pues no se logra extraer que no se emitieran órdenes; así mismo, el hecho que exista contacto mediante correo electrónico con clientes, tampoco derruye la presunción de subordinación, en tanto tal situación se acompasa con la manera en que se desarrolló la prestación personal del servicio.

Ahora, la Representante Legal de la accionada, refirió que el pago de los honorarios solo operaba si el servicio técnico afectaba la garantía, pues en caso de no ser así, no se reconocían; así mismo que la Analista de Servicio al Cliente, señora LINA PACHECO, era quien informaba y le solicitaba la disponibilidad para la atención de la garantía de los clientes. De igual manera, si bien aseveró que el valor de los honorarios dependía de lo estipulado en la garantía, se señaló que era la empresa quien tenía el contacto con el actor para fijar tal precio.

En otro giro, no se advierte confesión alguna del demandante, en tanto refirió en la declaración de parte que recibía órdenes de la entidad, sin que haya señalado que prestaba sus servicios de manera autónoma e independiente. De igual manera, señaló que los repuestos los daba la empresa, por ende, y refirió que con anterioridad tenía herramientas de *Black and Decker*. No obstante, posteriormente confesó que la empresa no le entregaba herramientas y que nunca fue objeto de una sanción, señalando ello en tanto cumplió sus deberes. Refirió, además, que la pagó su seguridad social.

En cuanto a la prueba testimonial, el señor ALBERTO URIBE refirió ser cliente de la empresa que manejaba productos de la marca *Black and Decker,* aseverando que se comunicaban con la empresa quien les informaba que enviarían un técnico, arribando en todas las oportunidades el actor quien comparecía. Así mismo, que dicha marca tenía garantía de por vida, por ende, no cobraban la reparación, y en ese sentido, no acordaban precios o le entregaban sumas de dinero al accionante.
En igual sentido, la testigo AMPARO ÁNGEL DE QUIROGA, afirmó ser cliente de la empresa al haber adquirido productos de marca *Black and Decker*, así como que el

servicio de garantía cuando era requerido, se solicitaba directamente en la empresa, acudiendo como técnico el accionante.

La señora EDNA JASMINE PACHECO ULLOA también declaró que era cliente de la empresa, en tanto laboró en sala de ventas de una constructora, y le consta que para efectos de garantías acudía el accionante. Refiere que se comunicaba con la empresa, quien le agendaba la cita, siendo el demandante quien arribaba en representación de la empresa.

Finalmente, también en calidad de cliente de la empresa, rindió declaración la señora SMITH MORA, refirió que el actor le prestaba el servicio para hacer efectiva la garantía, para lo cual se agendaba cita con la empresa. Señaló no haberle cancelado monto alguno al demandante, en tanto la compañía asumía una garantía de por vida.

Así, las personas que declararon haber sido clientes de la accionada, corroboran la prestación personal del servicio, así como que el accionante acudía a verificar reparaciones que incluyan la garantía de los productos, sin que en manera alguna desvirtúen la presunción de subordinación.

La señora FLAVIA CORTES CABRERA, refirió laborar para la compañía ENERGIZER DE COLOMBIA S.A., y que no conoce al actor, no obstante, le consta que era proveedor, realizando procesos de garantías de una línea de productos. Señaló que conoce tal situación por ser la contadora de la compañía. Refirió que el pago solo acaecía si el actor presentaba cuentas de cobro. Señaló que la persona de atención

el cliente, era quien le informaba al actor la existencia de clientes que requerían del servicio, así como el lugar en que debía presentarse para lo pertinente.

Testimonio que tampoco logra acreditar una prestación autónoma del servicio, más aún cuando no conoció al demandante, y sus aseveraciones las extrae por la realización de contabilidad de la empresa y la manera en que se efectuaban los pago.

Ahora bien, debe señalarse que en el *sub-examine* se advierten diversos indicios de laboralidad, entre ellos la permanencia en el tiempo de la prestación del servicio, el hecho que el actor era el encargado de hacer efectivas las garantías de los productos, actividad que se estima por la Sala directamente relacionada con el objeto social de la empresa, quien se dedica a la venta de tales elementos, otorgando, como refirió la prueba testimonial, una garantía de por vida, lo cual impacta directamente en la actividad comercial de la empresa, lo cual permite advertir que el actor si hacía parte de la organización de la empresa, más aún cuando varios clientes expusieron que era el actor quien siempre comparecía a atender la garantía en representación de la compañía.

De otra parte, por activa no se acreditó que el accionante pudiese delegar la función que haya sido esporádico o que no existiera disponibilidad del trabajador, la cual por el contrario se advierte ante la prestación continuada del servicio.

Como corolario de lo anterior, concluye la Sala que le asistió razón al *a-quo* al declarar la existencia del contrato de trabajo, al no haberse desvirtuado por pasiva el elemento subordinante.

4.4 Aportes al sistema general de seguridad social:

De otra parte, refiere el apelante que el accionante solucionó los aportes a pensión, lo cual no fue tenido en cuenta el *a-quo*. Sobre el particular, debe referirse que en el interrogatorio de parte el accionante aseveró que él solucionaba aportes al sistema general de seguridad social.

No obstante, no se allegó prueba alguna que acredite los períodos y el IBC sobre el cual se efectuaron los aportes, de tal manera que le asistió razón al Juez de primer grado, al condenar al pago del valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado entre 14 de enero de 2014 y final el 08 de febrero de 2019, teniendo en cuenta los salarios devengados por el actor mes a mes y año por año, monto que será el establecido por el fondo de pensiones respectivo, y que incluirá los solo aquellos periodos no solucionados o los realizados en un monto inferior, motivo por el cual no se revocará la condena por este aspecto.

4.5 Indemnización moratoria y sanción por la no consignación del auxilio de cesantías:

Para este tipo de indemnizaciones, el órgano de cierre ha contemplado que no operan de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016,

Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, SL1229-2022, Radicación No. 85137 del 5 de abril de 2022, entre otras.

Bajo este escenario a juicio de la Sala goza de prosperidad el pago de estas indemnizaciones, ello en tanto tal como lo ha adoctrinado la Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el solo hecho de aducir la existencia de un contrato de carácter civil o comercial, no acredita un actuar de buena fe patronal. Así, en sentencia SL1143-2023, Radicación No. 91547 del 2 de mayo de 2023, señaló:

> *"Dichos yerros fruto de la valoración equivocada de pruebas hábiles en casación, como el documento que suscribieron las partes para vincularse jurídicamente, también permite a la sala advertir, que la segunda instancia apreció con error la contestación de la demanda ordinaria (que no es medio de convencimiento de aquella estirpe), al asumir que la mera circunstancia de que allí la accionada aceptara los extremos de la relación y la existencia del contrato de prestación de servicios en comento, también era demostrativa de su actuar de buena fe, pues a todas luces: i) de la pieza procesal reflexionada no se puede extraer semejante conclusión, en la medida que sólo acredita la cronología de ejecución del nexo y, ii) la simple formalidad exterior de éste, aparte de que la Corte ha sido puntual en referir, en casos como el presente, que la simple alegación del tipo contractual no laboral, es insuficiente para exonerar de los resarcimientos moratorios génesis del debate.*

Así las cosas, si bien por pasiva se adujo que entre las partes medió un contrato de estirpe civil y que el actor fungió como proveedor de servicios, lo cierto es que se acreditaron diversos elementos de laboralidad, siendo una prestación del servicio prolongada en el tiempo y en una actividad que repercutía directamente en la

actividad económica de la empresa, como lo era el asumir la garantías de los productos que enajenaba, sin que se adviertan otros elementos de juicios que permitan establecer un actuar de buena fe, motivo que impele a confirmar la condena por este aspecto.

Finalmente, en lo atienten a la cuantificación de la condena, no le asiste razón a la recurrente al referir que los intereses moratorios a partir del mes 25 son incompatibles con la condena que se imparte durante los primeros 24 meses, pues es claro el artículo 65 del C.S.T. al consagrar:

> *"Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.*

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1893-2023, Radicación No. 95728 del 1º de agosto de 2023, señaló:

> *"En consecuencia, es procedente el reconocimiento de la indemnización del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002. Como quiera que la demanda fue radicada más de dos años después de la finalización de los vínculos laborales de los accionantes, la enjuiciada solo deberá pagarles los intereses moratorios sobre lo adeudado a título de prestaciones sociales, desde*

la terminación del contrato y hasta que se efectúe el pago de la deuda. Así lo estableció la Corte en la sentencia CSJ SL2805-2020:

"Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

"[…]

"Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le (sic) asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción del vínculo jurídico".

Así las cosas, al haberse radicado la demanda dentro de los 2 años siguientes a la terminación del contrato, le asistió razón al *a-quo* al emitir condena por concepto de indemnización moratoria a razón de un día de salario durante 24 meses, y a partir del mes 25 a los intereses moratorios, los cuales no son incompatibles al generarse con posterioridad a la sanción por no pago.

Finalmente, respecto de la indexación de prestaciones sociales, se tiene que en la parte resolutiva el *a-quo* no hizo mención a tal aspecto, motivo por el cual la Sala no se pronunciará al respecto.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá., por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **04 2021 00405 01**
Demandante:	MONGOMERY ESPINOSA TORO y ANA MARÍA ESPINOSA CALAZU
Demandados:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de enero de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

MONGOMERY ESPINOSA TORO y ANA MARÍA ESPINOSA CALAZU promovieron demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES.

Ello con la finalidad de declararse que al señor MONGOMERY ESPINOSA TORO le asiste derecho al pago de un 50% del retroactivo pensional por sobrevivencia por el periodo comprendido entre el 17 de abril de 2014 y el 20 de noviembre de 2017.

Por consiguiente, se le condene a COLPENSIONES pagar a favor del señor MONGOMERY ESPINOSA TORO el 50% del retroactivo pensional comprendido

entre el 17 de abril de 2014 y el 20 de noviembre de 2017, junto con el pago de $454.270 por concepto de diferencia entre lo pagado por la entidad mediante Resolución SUB 65339 del 12 de marzo de 2021, y la liquidación real por concepto de retroactivo pensional.

Asimismo, se condene al pago de intereses moratorios en los términos de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirieron que la señora MARY CALAZU MUÑOZ (q.e.p.d.), falleció el 2 de junio de 1999, lo que conllevó a que el señor MONGOMERY ESPINOSA TORO, elevara ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento pensional por sobrevivencia el 17 de abril de 2017, la cual fue resuelta de manera positiva mediante Resolución SUB 126512 del 15 de julio de 2017 con efectos retroactivos a partir del 14 de abril de 2014.

Que el 3 de febrero de 2020 se solicitó el reconocimiento y reactivación de la pensión, junto con el pago de las mesadas pensionales desde el 17 de abril de 2017 en forma vitalicia, por lo que la encartada incluyó al demandante en nómina y pagó el retroactivo pensional desde el 14 de abril de 2014 hasta el 30 de mayo de 2020 en un 50%.

Se adujo que el 21 de septiembre de 2020 el demandante presentó solicitud de revocatoria directa respecto de la Resolución SUB 126512 del 5 de julio de 2017, con la finalidad de que le fuese reconocido al actor el 50% del retroactivo pensional dejado en suspenso y así su mesada pensional por sobrevivencia acrecentara en un 100%., la cual se negó mediante la Resolución SUB 65339 del 12 de marzo de 2021, pero poniendo de presente que en el mentado acto administrativo le fue reconocido en un 50% retroactivo pensional comprendido entre el 19 de julio de 2019 y el 28 de febrero de 2021 por valor de $9.703.111, lo que a su vez conllevó que la mesada pensionales se acrecentara en un 100% desde el mes de marzo de 2021.

Que frente a la anterior resolución, el 17 de marzo de 2021 se interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación para que se le reconocieran al demandante las mesadas pensionales dejadas en suspenso desde el 17 de abril de 2014, aspecto por el que COLPENSIONES profirió la Resolución SUB 120325 del 24 de mayo de 2021, que modificó la Resolución SUB 65339 del 12 de marzo de 2021, ordenando el 50% de reconocimiento de retroactivo pensional comprendido entre el 20 de noviembre de 2017 y el 18 de julio de 2019.

Se mencionó que la demandante ANA MARÍA ESPINOZA CALAZU es hija del señor MONGOMERY ESPINOSA TORO y la causante señora MARY CALAZU MUÑOZ (q.e.p.d.), quien a la presentación de la demanda era mayor de 25 años de edad y no se encontraba estudiando.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas. Expuso que el demandante señor MONGOMERY ESPINOSA TORO solicitó el pago de retroactivo pensional el 20 de noviembre de 2020, petición que se resolvió a través de la Resolución SUB 21130 del 1º de octubre de 2020, la cual decidió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución SUB 126512 del 15 de julio de 2017, negando la revocatoria directa.

A su vez, la Resolución SUB 65339 del 12 de marzo de 2021, resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución 126512 del 15 de julio de 2017, negando la revocatoria y concediendo un retroactivo pensional, por lo que todo lo relacionado con las mesadas pensionales con anterioridad al 20 de noviembre de 2017 se encuentran cubiertas por el fenómeno trienal prescriptivo.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración

del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, innominada o genérica y la de compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de enero de 2023 absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probada la excepción de compensación.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia en primer lugar que el retroactivo solicitado deviene de la activación del derecho al acrecimiento de la mesada pensional otorgada al demandante señor MONGOMERY ESPINOSA TORO mediante Resolución SUB 65339 de 2021, y dicho acrecimiento supone o implica que el titular de la porción susceptible de ser absorbida por otro beneficiario falte, pierda su derecho o lo de a extinguirse.

Que en el asunto de marras en declaración extra proceso del 13 de marzo de 2020, la demandante ANA MARÍA ESPINOZA CALAZU en su calidad de hija de la causante MARY CALAZU MUÑOZ y del también actor MONGOMERY ESPINOSA TORO, la cual fue debidamente comunicada a la entidad según se desprende de la Resolución SUB 65339 de 2021, le indicó a esta última que cedía sus derechos pensionales a su padre pues en términos generales ella era mayor de edad y no se encontraba estudiando.

Al unísono, expuso que si bien en la Resolución SUB 126512 de 2017 COLPENSIONES manifestó que se dejaría en suspenso el derecho y porcentaje que le correspondería a ANA MARÍA ESPINOZA CALAZU como hija de la causante, tal aspecto quedó sujeto a la acreditación de estudiante en los términos del literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y tan solo hasta la solicitud de acrecimiento efectuada el 20 de noviembre de 2020, fue que la entidad tuvo conocimiento pleno de que la hija de la causante no se encontraba estudiando, razón por la

cual se acrecentó la mesada pensional a favor del señor MONGOMERY ESPINOSA TORO, mesada prestacional que ya se le había reconocido a partir del 20 de noviembre de 2017 hasta el 19 de julio de 2019, calenda en que ANA MARÍA ESPINOZA CALAZU cumplió los 25 años de edad como se advierte del registro civil de nacimiento.

Que por tal razón, para el 19 de julo de 2019 se extinguió el derecho pensional de ANA MARÍA ESPINOZA CALAZU, sumado a que, con anterioridad, COLPENSIONES no tenía certeza si la demandante se encontraba estudiando o no, de allí que la encartada dejara en suspenso dicho porcentaje hasta tanto acreditara el derecho, situación de la que solo se tuvo conocimiento la entidad con la solicitud de acrecimiento.

El *a-quo* concluyó entonces no ser procedente el reconocimiento y pago del retroactivo perseguido, por cuanto el mismo se dejó en suspenso hasta tanto se acreditara la calidad de estudiante de ANA MARÍA ESPINOZA CALAZU, y solo hasta el 20 de noviembre de 2020 fue solicitado el acrecimiento a la mesada pensional, donde se puso en conocimiento a la demandada que la actora no se encontraba estudiando, lo que conllevó a su vez a que existiera prescripción de las mesadas pensionales con anterioridad al 20 de noviembre de 2017.

De otra parte, en lo que concierne a la diferencia del pago del retroactivo pensional estimado por el señor MONGOMERY ESPINOSA TORO a razón de $454.270 de diferencia de lo pagado por concepto de retroactivo y lo que realmente debió cancelarse entre el 19 julio de 2019 y el 30 de marzo de 2021, concluyó que, realizados los cálculos correspondientes, la entidad pagó a plenitud los adeudado al demandante.

Frente a los intereses moratorios, consideró que COLPENSIONES al no quedar adeudando suma alguna, resultaba impróspera esta conducta.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló, argumentando para lo pertinente que teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 488 y 489 del C.S.T., la solicitud inicial de reconocimiento pensional se radicó el 17 de abril de 2017, donde el señor MONGOMERY ESPINOSA TORO reclamó la totalidad del derecho pensional por sobrevivencia, por lo que a raíz de esa solicitud, COLPENSIONES expidió la Resolución SUB 126512 del 15 de julio de 2017 que fue favorable en el reconocimiento pensional.

Por ello, al interrumpirse la prescripción por una sola vez, debe tomarse la solicitud del 17 de abril de 2017 para tales efectos. También se refirió que sin que se superara el término trienal, el 3 de febrero de 2020 se radicó solicitud de reactivación de reconocimiento pensional, escrito en el cual se pidió la cancelación total del retroactivo pensional desde el 14 de abril de 2014 a favor del señor MONGOMERY ESPINOSA TORO, solicitud que aún se encontraba dentro del término para que COLPENISONES reconociera en un 100% el derecho pensional, pero sin embargo dejó en suspenso una parte de ese retroactivo, por lo que el término de prescripción debe ser contado en forma distinta al determinado por el *a-quo*, situaciones todas que también conllevan al pago de los intereses moratorios ante la mora sobre la totalidad del reconocimiento pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si goza de prosperidad el reconocimiento y pago del retroactivo pensional de la pensión de

sobrevivientes pretendido por el demandante señor MONGOMERY ESPINOSA TORO por el periodo comprendido entre el 17 de abril de 2014 y el 20 de noviembre de 2017.

c. Del caso en concreto:

Previo a desatar el problema jurídico expuesto en precedencia, es menester que la Sala puntualice los siguientes aspectos, respecto de los cuales no existió discusión:

(i) Que el 17 de abril de 2017 el demandante MONGOMERY ESPINOSA TORO elevó solicitud ante COLPENSIONES, lo que conllevó a que la entidad mediante Resolución SUB 126512 del 15 de julio de 2017 reconociera pensión de sobrevivientes al actor con ocasión del fallecimiento de la señora MARY CALAZU MUÑOZ (q.e.p.d.), prestación que le fue reconocida a partir del 17 de abril de 2014 teniendo en cuenta el fenómeno trienal prescriptivo y en proporción del 50%. Además, en el referido acto administrativo también se dispuso dejar en suspenso el 50% restante de la pensión respecto de ANA MARÍA ESPINOSA CALAZU, hija de la causante y del demandante señor MONGOMERY ESPINOSA TORO, hasta tanto esta última acreditara la calidad de estudiante (Fls. 7 a 17 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

(ii) Que COLPENSIONES con ocasión de una solicitud de revocatoria directa que presentara el demandante señor MONGOMERY ESPINOSA TORO el 21 de septiembre de 2020 respecto de la Resolución SUB 126512 del 15 de julio de 2017, expidió el acto administrativo SUB 211130 del 1º de octubre de 2020 donde dispuso primeramente no acceder a la revocatoria directa pretendida. Seguidamente, la entidad dispuso de una parte que, teniendo en cuenta que la hija del causante, esto es, ANA MARÍA ESPINOSA CALAZU, había cumplido 18 años el 18 de julio de 2012 y los 25 años el 18 de julio de 2019, debía acreditar los documentos correspondientes que demostraran que había acreditado estudios precisamente hasta el cumplimiento de los 25 años, pues de no ser así se hacía necesario que aportara la declaración correspondiente.

De otra parte, la encartada dispuso que el señor MONGOMERY ESPINOSA TORO era merecedor de que su mesada pensional acrecentara sobre un 100% a partir del 19 de julio de 2019, día siguiente en que ANA MARÍA ESPINOZA CALAZU superó el cumplimiento de los 25 años d3e edad (Fls. 23 a 31 - DEMANDA Y ANEXOS).

(iii) Que en virtud de lo anterior, el demandante señor MONGOMERY ESPINOSA TORO el 20 de noviembre de 2020 elevó nuevamente escrito de revocatoria directa respecto de la Resolución SUB 126512 del 15 de julio de 2017, en la medida que le fuese reconocido el 100% de la pensión de sobrevivientes, por cuanto ANA MARÍA ESPINOSA CALAZU no había adelantado estudios con posterioridad al cumplimiento de los 18 años de edad. Allí también refirió que se allegaba declaración extra proceso por la joven ANA MARÍA donde la misma refería la falta de adelantamiento de estudios después del cumplimiento de los 18 años de edad (Fls. 32 a 34 - DEMANDA Y ANEXOS).

(iv) Fue por dicha solicitud que COLPENSIONES profirió la Resolución SUB 65339 del 12 de marzo de 2021 donde negó nuevamente la solicitud de revocatoria directa por considerar que la Resolución SUB 126512 del 15 de julio de 2017 se ajustaba a derecho.

Igualmente, en lo que atañe al acrecimiento de la mesada pensional por sobrevivencia sobre el 100% a favor del señor MONGOMERY ESPINOSA TORO, la entidad hizo referencia que la hija ANA MARÍA ESPINOSA CALAZU había allegado declaración extraproceso en la que advertía que después del cumplimiento de los 18 años de edad no había adelantado estudios, concluyendo entonces que el acrecimiento pensional continuaría siendo a partir del 19 de julio de 2019, día siguiente del cumplimiento de los 25 años de la hija, como así se había dejado por sentado en la Resolución SUB 211130 del 1º de octubre de 2020, por cuanto no se había aportado documental distinta a la aportada en esa oportunidad (Fls. 35 a 47 - DEMANDA Y ANEXOS).

(v) El señor MONGOMERY el 17 de marzo de 2021 interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación en contra de la Resolución SUB 65339 del 12 de marzo de 2021 (Fls. 48 a 50 - DEMANDA Y ANEXOS).

(vi) Por tal razón, COLPENSIONES profirió la Resolución SUB 120325 del 24 de mayo de 2021, por medio de la cual modificó la Resolución SUB 65339 del 12 de marzo de 2021, en el entendido de reconocer al señor MONGOMERY ESPINOSA TORO el acrecimiento pensional desde el 20 de noviembre de 2017, pues teniendo en cuenta el término trienal de prescripción, en la reclamación que había elevado el 20 de noviembre de 2020 se había acreditado la declaración extra proceso de ANA MARÍA ESPINOSA CALAZU que acreditaba la falta de estudios hasta los 25 años (Fls. 51 a 57 - DEMANDA Y ANEXOS).

Así las cosas, de entrada, advierte la Sala que la decisión proferida en primera instancia habrá de confirmarse, como quiera que el demandante señor MONGOMERY ESPINOSA TORO no es beneficiario del acrecimiento pensional por sobrevivencia en un 100% por el periodo comprendido entre el 17 de abril de 2014 y el 20 de noviembre de 2017.

Lo anterior, en virtud a que según se describió de los acontecimientos sucedidos en los diferentes actos administrativos emitidos por COLPENSIONES, puede apreciarse que mediante la Resolución SUB 126512 del 15 de julio de 2017 fue que se reconoció pensión de sobrevivientes al demandante en un 50% a partir del 17 de abril de 2014, dejando en suspenso el restante porcentaje frente a la hija ANA MARÍA ESPINOSA CALAZU hasta que acreditara la documental correspondiente de estudios hasta los 25 años de edad, aspecto último que determinó la entidad teniendo en cuenta la normatividad correspondiente que rige la materia, más exactamente lo estatuido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, a pesar de la insistencia sobre el acrecimiento pensional, fue tan solo con el escrito allegado el 20 de noviembre de 2020 que se le comunicó a la entidad de manera fehaciente acerca de la declaración extraproceso que

había rendido la hija ANA MARÍA ESPINOZA CALAZU en la que precisó la falta de estudios entre los 18 y 25 años de edad; circunstancia por la cual, palmario resulta que teniendo en cuenta el término prescriptivo trienal regulado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., resultase acertado que la encartada dispusiera el acrecimiento pensional sobre el 100% únicamente desde el 20 de noviembre de 2017 y en adelante.

Bajo esta égida, no puede pretender el actor perseguir mesadas pensionales anteriores al 20 de noviembre de 2017, más aún si se tiene en cuenta que desde el reconocimiento pensional primigenio que efectuara COLPENSIONES en la Resolución SUB 126512 del 15 de julio de 2017, había dejado por sentado la necesidad de la acreditación de documentación necesaria para la resolución del derecho pensional de la joven hija ANA MARÍA ESPINOZA CALAZU, situación que se reitera tan solo vino a comunicársele a la entidad el 20 de noviembre de 2020, situaciones todas que conllevan a la confirmación de la absolución determinada por el operador de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo del señor MONGOMERY ESPINOSA TORO por cuanto el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del señor MONGOMERY ESPINOSA TORO. Se fijan como agencias en derecho la suma de $300.000 y a favor de COLPENSIONES, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **04 2021 00408 01**
Demandante:	LUIS EDUARDO REYES RODRIGUEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuare n representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA ALEJANDRA BARRAGÁN COAVA, identificada con cédula de ciudadanía 1.063.300.940 y T.P. 305.329 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A. en contra de la sentencia proferida el 26 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS EDUARDO REYES RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y SKANDIA S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de SKANDIA S.A., por falta al deber de información.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó a ese fondo y ordene a COLPENSIONES reciba los anteriores rubros, active su afiliación en el régimen que administra y actualice su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 1º de febrero de 1955 y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en donde permaneció entre el 29 de noviembre de 1979 al 30 de junio de 1966, alcanzando un total de 216.29 semanas; adicionalmente, expuso que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de SKANDIA S.A. a partir de agosto de 1999, después de ser abordado por asesores de ese fondo, los cuales le dijeron que era el mismo sistema que pensión existente en COLPENSIONES, que el ISS seria liquidado y que se podía pensionar de manera anticipada.

Resaltó que no suscribió ningún documento en el que constara que recibió asesoría e información suficiente y completa como para tomar una decisión sobre su futuro pensional, igualmente sostuvo que con corte a junio de 2021 había acumulado un capital de $89.044.001,92. Finalmente, señaló que las demandadas negaron su retorno al régimen de ahorro individual por estar a menos de diez años para acceder a la edad de pensión. (f. 5 a 17 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que al seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad, aceptó todas y cada una de las condiciones del mismo, de acuerdo a lo normado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, a su vez, precisó que suministró al gestor la debida información al momento de su vinculación al

régimen que administra de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS y teniendo en cuenta las características del caso individual del actor.

Propuso como excepciones las que denominó como el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el ISS, actos de relacionamiento, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (f. 2 a 21 archivo 08).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas por el demandante. Manifestó que el traslado de régimen del gestor se realizó de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Añadió que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría del demandante, no es menos cierto que, si este decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información que se le brindó por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado primigenio, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como la documental aportada, no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su vinculación, agregando que además se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado.

Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema señalado en el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, buena fe de COLPENSIONES,

falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 3 a 16 archivo 09).

En cuanto al llamamiento en garantía que elevó SKANDIA S.A., respecto a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. (f. 82 a 89 archivo 08). El cual fue aceptado mediante auto de 13 de junio de 2022. (archivo 13).

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, refiriendo que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se ciñó a las regulaciones normativas sobre el derecho de información vigentes a la fecha del traslado, lo que debió cumplir SKANDIA S.A.

Como excepciones propuso las que nombró como el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "*autonomía de la voluntad*" sin estar mediadas o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente licitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a SKANDIA S.A., legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia y reconocimiento oficioso de excepciones. (f. 2 a 11 archivo 15).

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, bajo el argumento de que el objeto del seguro previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, consisten en que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Como excepciones de mérito al llamamiento formuló las de inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, ese fondo carece de amparo o cobertura, pues,

el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE, no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante SKANDIA S.A. y por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones. (f. 2 a 23 archivo 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de junio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de LUIS EDUARDO REYES RODRÍGUEZ a la AFP SKANDIA, suscrita el 31 de agosto de 2000. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *El término que tiene SKANDIA para la devolución de estos valores es de 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP SKANDIA a favor del actor. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio SMLMV.*

SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito denominada frente a la acción material ejercida por el demandante la AFP Skandia carece de amparo y/o cobertura, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones. Siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia vida seguros S.A.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a SKANDIA a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS. Fíjense como agencias en derecho la suma de un cuarto de SMMLV.

OCTAVO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral."

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que, según la jurisprudencia, la expresión libre y voluntaria del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 versa en la selección de los regímenes pensionales, esta elección presupone un conocimiento, el cual solo es posible cuando se comprende a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, ya que de lo contrario sería acreedor de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Refirió que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha sostenido que, dentro de las garantías en favor de los afiliados, las AFP deben suministrar información de manera clara, cierta, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias al momento en que una persona desea trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas, deber de información que en el caso que nos ocupa no se acreditó.

Por ende, no se cumplió con la carga probatoria que le asistía a las encartadas, al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P. Declarando la ineficacia del traslado, junto con el consecuente traslado de los respectivos emolumentos a que haya lugar, en la forma que se indica en la sentencia, declarando no probada la excepción de prescripción y declaró probada la excepción que propuso la llamada en garantía que denominó *"frente a la acción material ejercida por la parte demandante, ese fondo carece de amparo o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE"* y condenó en costas a SKANDIA S.A. a favor del demandante y de la llamada en garantía.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló. Solicita se revoque la sentencia primigenia, en lo concerniente a las condenas por gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, ya que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 indica que los fondos privados pueden realizar un descuento de un 3%, para cubrir los gastos o comisiones de administración en el pago de las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, creando así una doble obligación para los fondo de pensiones a partir de la suscripción del formulario, consistente en administrar la cuenta de ahorro individual del demandante para generar unos rendimientos que acrecen su cuenta de ahorro individual, y la segunda es amparar los riesgos de invalidez y sobrevivencia y así poder acceder a ellos; de modo tal, que se debe hacer un estudio de ponderación objetiva alusiva a la teoría de las restituciones mutuas y la buena fe de su parte, pues se está desconociendo el trabajo que realizó a favor del actor con las condenas impuestas.

Asimismo, sostuvo que al declararse la ineficacia de la afiliación no habría objeto asegurable teniendo en cuenta que no existe un vínculo que una a las partes, ya que de no nacer a la vida jurídica la afiliación del gestor, no existiría ninguna obligación de tener un contrato de aseguramiento con MAPFRE, la que en todo caso debe responder por dichos emolumentos, en tanto, se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la aseguradora.

COLPENSIONES en su alzada expuso que la inversión de la carga de la prueba, no puede recaer únicamente en cabeza de la administradora de pensiones demandada, ya que el promotor contaba con los medios y capacidades para comprender que era lo que estaba firmando, sin que se le pueda tener como la parte débil de la litis, en tanto tuvo la oportunidad de asesorarse de mejor manera.

Además, se debe tener en cuenta que actuó de buena fe y en cumplimiento de lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, pues al ser una entidad del Estado, no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad. De modo tal, que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en riesgo el derecho a la seguridad social de

los demás afiliados de ese régimen, dado que el demandante está inmerso en la prohibición legal de traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le

permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Ahora bien, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces,*

de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 […] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información*

y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 31 de agosto de 2000 a SKANDIA S.A., vinculación que según el reporte SIAPF se hizo efectiva el 1º de enero de 2000. (f. 22 y 60 archivo 08). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del actor LUIS EDUARDO REYES RODRIGUEZ, quien expuso que estando al servicio de la UNIVERSIDAD JORGE TADEO LOZANO una asesora de SKANDIA le dijo que el I.S.S. sería liquidado y que ese fondo ofrecía las mismas prerrogativas que el ISS, agregando que la asesora fue la que diligenció el formulario de afiliación, sin que le diera más información.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de SKANDIA S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para

soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2000, una *"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*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP SKANDIA S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración sobre los cuales hacen alusión el fondo privado en su apelación, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera*

ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros y las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que hacen alusión COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado

con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, desestimándose así los argumentos expuestos por las encartadas en su alzada sobre tales aspectos.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de*

ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

De lo anterior, dimana con claridad que las condenas impuestas deban ser asumidas por el fondo privado con cargo a sus propios recursos, sin que tal obligación este a cargo de la aseguradora llamada en garantía, luciendo así acertada la decisión del *a-quo*. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y SKANDIA S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **08 2019 00753 01**
Demandante:	MARLON ESCOBAR QUIROZ
Demandado:	CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, ello por cuanto de conformidad con lo estatuido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., la sentencia de primera instancia proferida el 11 de julio de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a sus pretensiones.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MARLON ESCOBAR QUIROZ promovió demanda ordinaria en contra del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S., a fin de declarase que con la encartada existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2016, el cual fue terminado unilateralmente por la demandada y sin que mediara justa causa para ello.

Por consiguiente, se le condene a la pasiva el pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria ante la falta de pago de prestaciones sociales, pago de aportes al sistema general de pensiones, indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que prestó sus servicios personales para la demandada por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2016, calenda última cuando el señor JOSÉ RICARDO PLATA OTALORA en su calidad de Gerente, le manifestó verbalmente que hasta ese día desempeñaría sus labores, sin indicarle motivo o razón alguna.

Que durante la relación laboral recibió como remuneración de sus servicios un promedio de $1.500.000, vinculación que se llevó a cabo a través de un supuesto contrato comercial de cuentas en participación, donde el gestor o partícipe activo es la empresa y el partícipe inactivo u oculto es él como trabajador.

Expuso que el cargo para el cual se le contrató fue el de Técnico Capilar Especializado, desempeñando labores de diseño de corte y peinado, peinados especiales, servicio de barbería, colorimetría, tratamientos de recuperación capilar, tratamientos químicos permanentes, extensiones de cabello y demás actividades a realizar al cabello, servicio de cuidado estético de manos y pies, maquillaje, cosmetología, depilación y demás servicios.

Que la demandada le exigió que no podría prestar sus servicios profesionales en ningún otro centro de belleza, siendo la pasiva quien establecía las

condiciones de modo, tiempo y cantidad de trabajo que debía llevar a cabo, es decir, que en todo momento se le subordinó.

Refirió que la demandada era quien suministraba las herramientas y elementos de trabajo para la ejecución de la labor, ya que solo podía utilizar productos de belleza que le fuesen otorgados, así como que debía pedir permiso para sus momentos de ausencia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. contestó la demanda manifestando que con el demandante existió un contrato de cuentas de participación, de allí que este hubiese percibido honorarios y, por ser comerciante es por lo que ejercía una profesión liberal e independiente, siendo el mismo actor quien aportaba para su actividad las herramientas necesarias.

Formuló los medios exceptivos de prescripción de la acción laboral y caducidad.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de julio de 2022 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que la configuración de la existencia del contrato de trabajo perseguido por el aquí demandante debe ser analizado bajo la égida de la primacía de la realidad sobre las formalidades en los términos de que trata el artículo 53 de la

Constitución Política y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal que se ha surtido sobre la materia.

Que en tal sentido, independientemente de la forma en que se pacte la modalidad contractual, para la configuración de un verdadero contrato de trabajo debe analizarse la manera de la prestación del servicio, esto es, la realidad sobre la apariencia formal, pues demostrada dicha presunción de la actividad personal, se estima que la misma configura un vínculo laboral, trasladándose así la carga al extremo pasivo quien deberá derruir dicha presunción con los medios probatorios aportados.

En tal sentido, adujo la *a-quo* que en el asunto de marras se encuentra acreditada la prestación del servicio por parte del actor en favor del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S., pues es claro que los servicios personales como profesional de belleza se prestaron por el señor MARLON ESCOBAR QUIROZ, tan es así que tal aspecto fue aceptado por la encartada desde la contestación de la demanda, incluso por las certificaciones acreditadas al plenario y que fuesen expedidas por la misma demandada, quedando así acreditada la presunción estatuida en el artículo 24 del C.S.T.

Seguidamente, expuso que una vez analizado en conjunto el caudal probatorio, la presunción del artículo 24 del C.S.T. fue desvirtuado por la pasiva, dado que el elemento subordinante fue derruido pues quedó demostrado que la actividad desplegada por el actor específicamente consistía en la ejecución de servicios de peluquería al ostentar el cargo de Técnico Capilar, actividad que se llevó a cabo de manera autónoma e independiente sin que en el desarrollo de la misma se encontrara sujeto al cumplimiento u obedecimiento por parte de la accionada de alguna directriz.

Ello por cuanto, en lo señalado desde el líbelo introductorio quedó claro que el demandante no se encontraba obligado a cumplir una jornada laboral

impuesta por la demandada, ni tampoco que estuviera obligado a acudir de manera habitual a sus instalaciones, ya que si bien es cierto tanto el actor como sus testigos indicaron en juicio que existía un horario de trabajo de lunes a sábado de 9:00 a.m. a 9:00 p.m., así como que los domingos el establecimiento se encontraba cerrado al público, no es menos cierto que conforme a la valoración totalizada de las declaraciones escuchadas se probó que el actor no debía desarrollar de manera imperante la actividad de estilista, como quiera que no se le impuso un horario de atención para con los clientes, ni mucho menos que debiera permanecer en las instalaciones hasta la hora del cierre, máxime si se tiene en cuenta que los ingresos estaban supeditados de manera intrínseca a los servicios de peluquería que prestara cada día tanto a clientes propios como a clientes nueves que llegaran al salón de belleza, aspecto que justifica su permanencia en el establecimiento de comercio.

Que también debe tenerse en cuenta que atendiendo el porcentaje que recibía el actor por cada uno de los servicios prestados, es pilar para establecer la autonomía con que desarrollaba su actividad, aunado a que no está demostrado alguna imposición de sanción por parte de la demandada para con el actor.

En últimas, refirió la operadora de instancia que las herramientas de trabajo del demandante eran propias, aspectos todos que evidencias que no existió una continua subordinación en la prestación personal del servicio por parte del demandante, absolviendo las súplicas de la demanda.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

De conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., el presente asunto habrá de estudiarse en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante por cuando la decisión de primera instancia fue adversa a sus pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, el problema jurídico se circunscribirá a determinar si entre el aquí demandante señor MARLON ESCOBAR QUIROZ y el demandado CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. existió un contrato de trabajo atendiendo la primacía de la realidad sobre las formalidades.

De prosperar lo anterior, habrá de analizarse las pretensiones de carácter condenatorio.

c. Del contrato de trabajo:

Es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o

modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL1891-2023, Radicación No. 96505 del 8 de agosto de 2023, SL1855-2023, Radicación No. 92817 del 9 de agosto de 2023, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante determinó como pilar fundamental de dicho elemento lo siguiente:

> *"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*
>
> *"La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*

"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

"No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

"A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

"De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas."

Así las cosas, descendiendo al *sub-examine*, aprecia la Sala que primeramente el actor en atención de la carga probatoria que le asiste al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., logró demostrar la prestación personal del servicio, en tanto, aceptado quedó tal aspecto desde la contestación de la demanda por parte del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S., prestación personal que se dio a razón de la suscripción de un contrato de cuentas en participación por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2016, aspecto que

por demás se advierte de las certificaciones expedidas por la misma encartada los días 30 de junio de 2016 y el 25 de abril de 2017 respectivamente (Fls. 19 y 20 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Además, en la mencionada certificación fechada el 25 de abril de 2017, el Representante Legal del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S., es decir, RICARDO PLATA, refirió que las actividades desarrolladas por el demandante fueron las de diseño de corte y peinado, diseño de peinados especiales, servicio de barbería, colorimetría, tratamientos de recuperación capilar, tratamientos químicos permanentes, extensiones de cabello y demás actividades a realizar al cabello, servicios de cuidado estético de manos y pies, servicios de maquillaje, cosmetología, depilación y demás servicios para la belleza.

Así las cosas, es por lo que se activa la presunción contractual de que trata el artículo 24 del C.S.T., quedando así trasladada la carga probatoria frente a la parte demandada de derruir el elemento subordinante.

En tal sentido, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del demandante señor MARLON ESCOBAR QUIROZ, quien indicó que conoció al señor RICARDO PLATA por medio de su hermana, ya que esta fue su novia aproximadamente un año.

Que ingresó a trabajar en el mes de mayo de 2014 como Técnico Capilar, de allí que cumpliera un horario e inclusive le hicieron firmar un contrato de cuentas en participación respecto del cual no le fue suministrada una copia, exponiendo a su vez que en todo momento trabajó al mando del señor RICARDO PLATA ya que era la persona quien definía el tiempo, la forma de atender a los clientes y el número de clientes a atender.

Mencionó que sus funciones consistían en lavarle el cabello a los clientes, recibirlos, ofrecerles café, realizar cepillados, cortes y tratamientos capilares. Que a parte de él existían 3 o 4 técnicos capilares más, reiterando que los horarios de trabajo los definía el señor RICARDO PLATA, pero que en términos generales su horario era de lunes a sábado desde 6:00 a.m. hasta el cierre, el cual finalizaba entre las 7:00 p.m. u 8:00 p.m. aproximadamente, así como que de manera esporádica laboraba en otros sitios ajenos a las instalaciones del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S., jornada que le era cancelada en forma adicional.

Que si bien existían varios Técnicos Capilares, se distribuían los clientes en orden de llegada y ese aspecto lo controlaba el área de recepción, precisando que cuando no había clientes por atender no hacían nada, se dedicaban a estudiar o le ayudaban a otro compañero a hacer su trabajo. Puntualizó que el señor RICARDO PLATA también se dedicaba como Técnico Capilar y en su mayoría de tiempo permanecía en el centro de belleza.

Arguyó que las herramientas de trabajo tenían que ser conseguidas por él mismo, herramientas tales como tijeras, secadores, cepillos, pinzas, entre otros, pero lo que debían comprar en el CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. era los productos de belleza que se utilizarían con los clientes, productos que le eran descontados de la quincena y para ello le hacían firmar un cuaderno, reseñando también que no le era entregada ninguna factura.

Que aproximadamente devengaba de manera mensual la suma de $1.500.000, ya que su salario variaba según lo que trabajara, recalcando además que el día que no laborara no generaba ingresos. Dejó de presente que por cada cliente que atendiera se le pagaba un porcentaje sin recordar exactamente a cuánto ascendía, pero manifestando que ese porcentaje variaba dependiendo los servicios.

Expuso que si no llegaba en tiempo a sus labores se le imponían multas, al igual que todos los empleados usaban uniformes que eran sufragados por los mismos empleados. Que no era posible enviar reemplazos en caso de que él como trabajador no pudiera asistir.

Adujo que no prestaba servicios particulares por cuanto no era posible tal situación, y que la retribución de sus servicios le era cancelada de manera quincenal. Que él no tenía control personal de los clientes, puesto que ese aspecto era manejado por la peluquería; seguidamente, adujo que él llevaba el control de los clientes que atendía diariamente.

Que el CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. manejaba unos parámetros de los precios a cobrar por determinado servicio, pero él como Técnico Capilar tenía su criterio o autonomía para indicarle al cliente cuál tratamiento le era más favorable.

Manifestó que en ocasiones determinados clientes eran atendidos por él ya que así lo preferían. Puntualizó que el uniforme que utilizaba consistía en una camisa y un pantalón anti fluidos. Que cuando el señor RICARDO PLATA no se encontraba en el salón era el padre de aquel, quien emitía las respectivas instrucciones a los trabajadores o en su defecto esas directrices eran impartidas por personas que se encontraran en la recepción.

La Representante Legal del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. (adujo que se encuentra como Representante Legal desde el mes de mayo de 2022 y que no conoce al demandante), quien manifestó que desconoce la suscripción del contrato de cuentas de participación del demandante.

Que el CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. en la actualidad cuenta con 7 estilistas, sin tener conocimiento acerca de la forma

de vinculación de los mismos con la persona jurídica. Que el pago a los estilistas se hace de manera quincenal, puntualizando que unos tienen porcentaje previa suscripción de un documento.

Que el CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. no cancela a los estilistas aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, y no sabe si al actor se le hubiese afiliado al referido sistema.

Expuso que al actor sí se le efectuó una contratación por parte del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S., sin saber cuál era la modalidad contractual suscrita, aclarando que no se le sufragó seguro médico al demandante. Que no sabía si para el momento de la contratación el demandante era o no comerciante, así como que el actor no debía prestar su exclusividad en el salón de belleza.

Refirió que en una empresa de peluquería nunca se le impone a una persona el tiempo que tenga que trabajar, simplemente a la persona se le comunican los horarios que posiblemente se puede demorar con determinado cliente. Que un técnico capilar lo que hace es lavar el cabello, ofrecer los tratamientos, entre otras actividades.

Que cuando el técnico capilar inicia sus actividades, el señor RICARDO PLATA lleva a cabo las explicaciones de rigor, pero con posterioridad ese técnico ya conoce de las recomendaciones a seguir. Que en caso de que el demandante no compareciera al salón no se le imponía ningún tipo de sanción.

Refirió que el Técnico Capilar es quien escoge el producto a aplicar a los clientes, productos que eran adquiridos del mismo salón de belleza. Que el demandante si necesitaba de algún permiso lo podía tomar, y en caso de que no avisara no pasaba nada.

El testigo CRISTIAN MATEO RODRÍGUEZ OSORIO mencionó que en la actualidad es Técnico en Peluquería. Que el señor RICARDO PLATA es su ex jefe y el aquí demandante fue su compañero de trabajo.

Que trabajó junto con el demandante en las instalaciones del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S., él como testigo trabajando por el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y el mes de junio de 2016, por lo que cuando él ingresó el demandante señor MARLON ya se encontraba vinculado allí. Relató no tener conocimiento de la fecha en que ingresó el demandante, y supo que el tipo de contrato que suscribió el actor con el salón de belleza fue de cuentas en participación, sabiendo de ello porque cuando ingresó allí también tuvo que suscribir un contrato de la misma índole.

Que tanto él como el demandante salieron del servicio del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. aproximadamente en la misma fecha que fue en el mes de junio de 2016. También puntualizó que cree que los contratos de cuentas en participación de los estilistas eran firmados directamente con el señor RICARDO PLATA.

Relató que el cargo desempeñado por el demandante era el de técnico auxiliar, arguyendo que el jefe fue el señor ROCARDO PLATA, último quien en todo momento permanecía en el salón de belleza. Que el actor tenía sus herramientas, y las que no tenia se las suministraba RICARDO PLATA previo descuento.

Que todos los estilistas trabajaban con los productos del salón de belleza y los precios de los mismos eran puestos por el señor RICARDO PLATA, así como que los uniformes que utilizaban tenían que se sufragados por los mismos estilistas. Reseñó que obligatoriamente tenían un horario de imperante cumplimiento pues de lo contrario se generaban sanciones, y en el caso específico del demandante señor MARLON generalmente salía a las 9:00 p.m.,

pero en algunas ocasiones salía a las 11:00 p.m. cuando se lo exigía el señor RICARDO PLATA, siendo a su vez su ingreso generalmente entre 8:30 a.m. o 9:00 a.m. de lunes a sábado.

Continuó su relato manifestando que los clientes que atendía el demandante eran los que le fueran asignados por el señor RICARDO PLATA, y en ocasiones atendía a los clientes que pedían su servicio. Que no presenció directamente si al demandante le aplicaron alguna sanción.

Que el salario del demandante era alrededor de $1.500.000, y cree este aspecto porque el mismo actor se lo manifestaba y porque él como testigo también devengaba aproximadamente el mismo valor mensual, salario que percibía con ocasión del número de clientes que atendía.

Indicó que a él como testigo le cancelaban alrededor del 40% por cada cliente que atendiera y ese porcentaje se aplicaba por cualquier servicio que se prestara a los clientes, manifestando no tener conocimiento si ese porcentaje de pago se le aplicaba al actor, quien si no asistía tenía que comunicar tal aspecto con anticipación y era posible que el señor RICARDO PLATA no le permitiera faltar.

No le consta el por qué el actor dejó de trabajar y eran los mismos estilistas quienes debían sufragar los aportes al sistema de seguridad social. No conoce cada cuánto le eran realizados los pagos al demandante.

La testigo JHOANA VELAZCO PARDO manifestó que con el demandante y el señor RICARDO PLATA fueron compañeros de trabajo en el salón de belleza CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. por cuanto ella laboró como Administradora entre el febrero de 2016 y junio de 2017 aproximadamente, y cuando ingresó el actor ya se encontraba allí.

Que para el momento en que ella ingresó el demandante era Auxiliar, teniendo conocimiento que todas las personas que laboraban en el CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. en su mayoría tenían contrato, pero no está segura si el actor había suscrito alguna modalidad contractual.

No sabe cuánto ganaba el demandante, pero recuerda que tanto los auxiliares como los estilistas cumplían horario, tan es así que cuando ingresaban tenían que firmar un acta, al igual que su salida. Que en ese tiempo todos ingresaban a las 9:00 a.m., pero si el demandante tenía un turno de atención a las 6:00 a.m., debía ingresar a esa hora.

Que no tenían una hora de salida, pero su permanencia en el salón de belleza debía ser hasta que se fuera el último cliente, mismo horario que cumplía ella como testigo ya que debía cerrar la peluquería. Que la peluquería no se abría ni los días domingos ni festivos, salvo que en el caso del demandante tuviese programada previamente una cita con algún cliente.

Que tanto los auxiliares como los estilistas tenían un horario de trabajo similar, pero si un estilista no tenía cita tan temprano el mismo llegaba alrededor de las 10:00 a.m., pero los estilistas si debían ingresar a las 8:00 a.m. Que la diferencia era que los estilistas realizaban color, peinados y maquillajes, mientras que los auxiliares se encargaban a todo lo relacionado con lavado de cabeza y mascarillas, así como que los auxiliares les ayudaban a los estilistas.

Que a pesar de que el actor era auxiliar, también realizaba funciones de estilista. Expuso que las órdenes en todo momento las impartía el señor RICARDO PLATA y cuando este no se encontraba, ella como administradora era quien se las impartía a los demás trabajadores, o en su defecto esas órdenes las suministraba el padre del demandado.

Mencionó que en caso de que el demandante no asistiera debía pedir permiso previamente, pues en caso de no ir o llegar tarde se le efectuaban descuentos, permisos que debían solicitarse directamente con el señor RICARDO PLATA. Recuerda que si alguien llegaba tarde el señor RICARDO PLATA realizaba los llamados de atención, misma situación sucedía en caso de que algún servicio no se llevara a cabo en debida forma, pero no recuerda específicamente que le hubiese realizado llamados de atención al demandante.

Tiene conocimiento que al demandante se le realizaban pagos de manera quincenal y en efectivo, y se llevaban a cabo dependiendo los servicios que este realizara, de ahí se hacían los descuentos por los productos usados, poniendo de presente que ese pego se hacía con relación a los clientes que fuesen atendidos en su momento.

Que todos tenían uniforme que era comprado por ellos mismos, y la mayoría para desempeñar su actividad tenían sus propios implementos ya que RICARDO PLATA no dejaba sacar nada del salón de belleza. Nunca supo el por qué el actor dejó de laborar en el salón de belleza, y que el retiro sucedió a finales de la anualidad 2016.

Que ninguno podía prestar sus servicios en lugar distinto del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. Que ella como administradora revisó el tipo de productos utilizados.

En tal sentido, contrario a lo decidido por la falladora de instancia, el CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. no logró desvirtuar el elemento subordinante.

En primer lugar, nótese que el interrogatorio de parte surtido por la Representante Legal del extremo demandado, la misma al ser preguntada acerca de la clase de vinculación que existía con el demandante y si era

comerciante o no en virtud del contrato de cuentas de participación que suscribieron las partes, indicó no tener conocimiento, aspecto que en virtud de la responsabilidad que como representante legal le asiste, da lugar a la configuración de los preceptos regulados en el inciso 3º del artículo 205 del C.G.P., esto es, un indicio grave en su contra.

De otra parte, de lo expuesto por los testigos CRISTIAN MATEO RODRÍGUEZ OSORIO y JHOANA VELASCO PARDO, el primero enunciado, quien desempeñaba las funciones de estilista y, la segunda, de administradora al servicio de la pasiva, puede colegirse que ambos fueron contestes en manifestar que el demandante en todo momento fue subordinado del señor RICARDO PLATA, persona última que por lo menos hasta la fecha final de actividades del actor que lo fue el 30 de junio de 2016, era el Representante Legal según se advierte del certificado de existencia y representación legal del escrito primigenio y la certificación laboral fechada el 25 de abril de 2017.

Además, ambos testimonios describieron que a pesar de ser el demandante quien debía usar sus propias herramientas e inclusive comprar el uniforme para el desempeño de la actividad, lo cierto es que fueron puntuales en reseñar que el actor para desempeñar su labor de belleza tenía que hacer uso y compra de elementos propios del salón de belleza, tales como tintes, champuses y todo lo relacionado a la aplicabilidad de tratamientos para uso de los clientes, tópico que detalla la subordinación en el entendido de que no fuese el propio actor quien pudiese arribar a plenitud sus herramientas de trabajo, sino que era claro el condicionamiento impuesto al interior de la actividad comercial.

También fueron contestes las declaraciones en reseñar que el demandante tenía un ingreso aproximado a sus actividades desde las 9:00 a.m. hasta las 8:00 p.m. de lunes a sábado y en ocasiones hasta más tarde, así como que era el señor RICARDO PLATA quien impartía las instrucciones de cómo desarrollar la actividad y los clientes que se debía atender durante las jornadas laborales,

sin pasar por alto el hecho de que se le exigía comunicar con previo aviso sobre alguna inasistencia, puesto que de lo contrario existiría una sanción pecuniaria o inclusive suspensión a ejercer sus actividades, situación última que lo narró la testigo JHOANA VELASCO PARDO, a quien se le asigna plena credibilidad en la medida que fue la administradora del CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. por el periodo comprendido entre febrero de 2016 y junio de 2017.

En misma línea versa la declaración del testigo CRISTIAN MATEO RODRÍGUEZ OSORIO, por cuanto según los detalles desempeñó las mismas actividades desarrolladas por el aquí demandante durante el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y junio de 2016, calenda última en que cesó la labor del señor MARLON ESCOBAR QUIROZ como así lo acreditó inclusive la misma encartada en certificaciones.

Este cuerpo Colegiado debe poner de presente que el análisis realizado a la prueba testimonial recolectada por el actor, se hace en atención de la valoración probatoria con que se encuentra revestido el Juez laboral al tenor de lo consagrado en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., adicional al hecho que, teniendo en cuenta lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al análisis probatorio de un asunto de similares contornos fácticos al cargo que aquí se estudia frente al demandante (Estilista), refirió en sentencia SL1993-2021, Radicación No. 81117 del 14 de abril de 2021:

> *"Por lo demás, se advierte que, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, el juez puede apoyarse en los medios de prueba que se alleguen al proceso con independencia de la parte que los aporte para formar su convencimiento, conforme lo previsto en el artículo 61 de Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL, 26 jun. 2003, rad. n° 20355 y CSJ SL17006-2017). Precisamente, en la primera providencia referida la Sala indicó:*

> *"En verdad resulta irrelevante determinar a quién incumbía la carga probatoria, por ser sabido que averiguar a cuál de las partes le corresponde, sólo interesa si el hecho no fue probado en el proceso, pues cuando los hechos relevantes del litigio se encuentran debidamente establecidos --como para el Tribunal aquí ocurrió al concluir que la subordinación no se tipificó--, es del todo indiferente que la prueba provenga del demandante o del demandado, o que haya sido producto de la actividad inquisitiva del juez."*

Y es tan así, que existe carencia probatoria por parte del demandado CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S., toda vez que aparte de la certificación de cuentas en participación fechada el 25 de abril de 2017 y la relación de pagos efectuados al demandante, no existe ningún soporte que derruya el elemento subordinante que le correspondía al tenor de la carga probatoria según los preceptos del artículo 167 del C.G.P.; circunstancia por la cual, se declarará la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre el demandante señor MARLON ESCOBAR QUIROZ y el demandado CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S., donde el primero desempeñó el cargo de Técnico Capilar según lo certificado por la pasiva.

En cuanto a los extremos laborales, la Sala adoptará los comprendidos entre el 9 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2016, en virtud a que dicho interregno fue el certificada por el mismo extremo demandado en las certificaciones expedidas el 30 de junio de 2016 y 25 de abril de 2017 (Fls. 19 y 20 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Asimismo, en lo que concierne al salario y atendiendo la mentada certificación del 30 de junio de 2016, el CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. certificó que lo devengado mensualmente por el demandante ascendía a la suma de $1.500.000, de allí que sea este el salario tenido en cuenta para todos los efectos legales.

d. De la excepción de prescripción:

Para lo pertinente, es necesario que sobre estos conceptos se analice previamente la excepción de prescripción de conformidad con lo dispuesto en los artículos 488 y 489, en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Bajo esta égida, se aprecia que el contrato de trabajo finalizó el 30 de junio de 2016. Seguidamente, yace documental allegada por la parte demandante atinente a una respuesta de la demandada calendada el 21 de noviembre de 2016 denominada *"Solicitud de pago de prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria ART. 65 C.S.T., sanción ART. 99 Ley 50/1990, pago de cotizaciones al sistema general de pensiones"*; allí además se aprecia en las exposiciones de esa respuesta que la misma se dio con ocasión a la petición que elevara el demandante el 4 de noviembre de 2016 (Fls. 16 a 18 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Seguidamente, la parte demandante presentó la demanda el 30 de octubre de 2019 según da cuenta el acta individual de reparto, lo que conllevó a que el Juzgado profiriera auto calendado el 19 de noviembre de 2019 y notificado en el estado del 20 de noviembre de esa misma anualidad, ordenándose la notificación después de un año, más exactamente con posterioridad al auto fechado el 1º de diciembre de 2020 y notificado en el estado del 2 de diciembre de ese año (Fls. 33, 34 y 43 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

En este punto, si bien se aprecia que al haber transcurrido más de un año entre la fecha de la admisión de la demanda y la notificación de la misma a la demandada, lo que en principio daría cabida a la prescripción de la acción, no obstante, pertinente resulta poner se presente que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que la regla establecida en el artículo 90 del C.P.C., hoy artículo 94 del C.G.P., referente a que la presentación de la demanda interrumpe el término prescriptivo siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación

al demandante, no se aplica cuando dicha notificación no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado, como quiera que esa eventualidad no puede redundar en perjuicio del promotor del 34 litigio, así lo expuso en sentencia CSJ SL8716-2014, rad. 38010, criterio reiterado en sentencia SL749-2021, Radicación No. 48491 de 2 de marzo de 2021.

Esa misma Corporación en SL5476-2021, Radicación No. 86282 de 29 de noviembre de 2021, al memorar lo sentado en la sentencia CSJ SL3693-2017, refirió que le asiste responsabilidad al accionante de lograr la notificación oportuna del auto admisorio de la demanda, pues siendo una actuación que redundaba en su propio beneficio, debe adelantar todas las actuaciones tendientes al cumplimiento de ese acto en tiempo, en armonía con sus intereses litigiosos.

Por tal razón, confrontado el plenario, se observa que luego del auto de admisión de la demanda que como se enunció fue proferido el 19 de noviembre de 2019 y notificado el 20 del mismo mes y año 2019, el 10 de marzo y el 11 de septiembre de 2020 la parte demandante solicitó al Juzgado se efectuara la notificación de la demanda bajo los apremios de los artículos 291 y 292 del C.G.P., tiempo dentro del cual no había expirado el término para la configuración de la prescripción; adicional a que, la parte actora elevó al Juzgado el 2 de octubre de 2020 solicitud de notificación de la parte demandada en los términos del Decreto 806 de 2020, procediéndose por la *a-quo* a admitir la notificación electrónica en auto del 1º de diciembre de 2020, notificado el 2 del mismo mes y año (Fls. 34 a 43 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Es por ello que a juicio de la Sala, el comportamiento desplegado por la parte demandante en aras de surtir la notificación del extremo demandado es justificable, incurriendo el Juzgado en una mora sobre el pronunciamiento a

efectos de permitir esa notificación bajo los preceptos del Decreto 806 de 2020, máxime si se tiene en cuenta que el Juzgado entre la fecha en que se profirió el auto admisorio de la demanda que lo fue el 19 de noviembre de 2019 y el auto expedido el 1º de diciembre de 2020 donde dispuso la notificación atendiendo la pandemia de la COVID 19, transcurrió un tiempo considerable en su pronunciamiento, lo que da lugar a que no goce de prosperidad el fenómeno de la prescripción dentro del asunto de marras.

Retomando entonces la excepción de prescripción y teniendo en cuenta lo enunciado, el contrato de trabajo finalizó el 30 de junio de 2016, lo que conllevó a que el accionante interrumpiera el término prescriptivo en escrito elevado a la parte demandada el 4 de noviembre de 2016 denominado *"Solicitud de pago de prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria ART. 65 C.S.T., sanción ART. 99 Ley 50/1990, pago de cotizaciones al sistema general de pensiones"*, para luego presentar la demanda el 30 de octubre de 2019, situaciones todas por las que se puede colegir que el medio exceptivo trienal no operó respecto de ningún extremo del contrato de trabajo aquí declarado, lo que conlleva a que se analice en su integridad las pretensiones de carácter condenatorio perseguidas.

e. Del pago de vacaciones, prestaciones sociales e intereses a las cesantías:

Como ya se advirtió, en el contrato de trabajo aquí declarado por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2016 se determinó una asignación salarial mensual de $1.500.000 sobre todo el interregno, en la medida que así lo certificó el mismo extremo accionado.

Menester también resulta puntualizar que, el demandante en el escrito de interrupción de la prescripción no hizo mención de las vacaciones, motivo por el cual sobre tal emolumento la prescripción se interrumpió con la

presentación de la demanda el 30 de octubre de 2019, así las cosas, se encuentra prescrita la compensación de vacaciones por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2014 y el 8 de mayo de 2015, en tanto los 3 años vencieron el 8 de mayo de 2018.

De otra parte, los periodos del 9 de mayo de 2015 al 8 de mayo de 2016, y la proporción del 9 de mayo de 2016 al 30 de junio de 2016, se interrumpió la prescripción con la demanda del 30 de octubre de 2019. Realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, al actor le corresponde la suma de $858.333, monto que deberá solucionarse de manera indexada.

En lo atinente a los intereses a las cesantías, se tiene que tampoco fueron discriminados en el escrito de interrupción de la prescripción, transcurriendo más de 3 años desde su exigibilidad hasta la presentación de la demanda, por ende, tal concepto será objeto de absolución.

En cuanto al auxilio de cesantías, se tiene que el mismo fue objeto de reclamación escrita, por lo cual no operó el fenómeno prescriptivo por todo el período de duración del contrato de trabajo. Así las cosas, realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, se adeuda al actor las sumas de $970.833, por el año 2014, $ 1.500.000 en el año 2015 y $750.000 por el año 2016, para un total de $3.220.833.

Finalmente, las primas de servicios también fueron objeto de reclamación, así las cosas, se adeudan las sumas de $970.833, por el año 2014, $ 1.500.000 en el año 2015 y $750.000 por el año 2016, para un total de $3.220.833.

f. De la indemnización moratoria por la falta de pago de acreencias laborales dispuesta en el artículo 65 del C.S.T. y la salación por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo según lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990:

Para este tipo de indemnizaciones, el órgano de cierre ha contemplado que no operan de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, SL1229-2022, Radicación No. 85137 del 5 de abril de 2022, entre otras.

Bajo este escenario a juicio de la Sala goza de prosperidad el pago de estas indemnizaciones, ya que no puede pasarse por alto que en todo el tiempo que el CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. tuvo subordinado al actor, con cumplimiento de horario, impartiendo directrices y demás aspectos, camufló en el tiempo un verdadero contrato de trabajo a través de un contrato de carácter civil como fue el de cuentas en participación, tópico que evidencia actuar de mala fe.

Bajo este entendimiento, en lo que atañe a la imposición de la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T., la misma operará a razón de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera desde el día siguiente a la terminación del contrato de trabajo, es decir, a partir del 1º de julio de 2016 y hasta que se efectivice el pago correspondiente teniendo en cuenta como último salario la suma de $1.500.000.

Lo anterior, por cuanto la demanda no fue presentada dentro de los 24 meses siguientes al finiquito laboral, sino que la misma fue instaurada el 30 de octubre de 2019 como da cuenta el acta individual de reparto (Fl. 33 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Por otro lado, en lo referente a la condena de la no consignación de las cesantías en el correspondiente fondo bajo la connotación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se condenará en la siguiente forma:

_ La imposición de la sanción de la falta de consignación de las cesantías del año 2014, abarca desde el 15 de febrero de 2015 hasta el 14 de febrero de 2016 en la suma de $18.00.000.000.

_ La imposición de la sanción de la falta de consignación de las cesantías del año 2015, abarca desde el 15 de febrero de 2016 hasta la fecha del finiquito laboral que lo fue el 30 de junio de 2016 en la suma de $6.750.000.

No hay lugar a pago de la sanción por las cesantías del año 2016, en tanto, la relación laboral no abarcó hasta el 31 de diciembre de esa anualidad y por ende dicha prestación debía cancelarse directamente al trabajador; circunstancia por la cual, se deberá pagar por este concepto un total de $24.750.000.

En este punto y atendiendo las consideraciones que preceden, deberá ordenarse la indexación respecto de las vacaciones objeto de condena y la condena por la indemnización ante la no consignación de las cesantías.

a. De la reliquidación de los aportes pensionales:

Se condenará al CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. pagar al demandante los aportes al sistema de seguridad social en pensiones al correspondiente fondo donde el actor se encuentre afiliado en la actualidad por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2016, teniendo en cuenta para ello el salario de $1.500.000 para cada anualidad.

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada como quiera que fue vencida en juicio.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 11 de julio de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que entre el señor MARLON ESCOBAR QUIROZ en calidad de trabajador y el demandado CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. como empleador, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2016.

TERCERO: CONDENAR al demandado CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. pagar a favor del demandante señor MARLON ESCOBAR QUIROZ:

a) Por concepto de cesantías el monto total de $3.220.833.
b) Por concepto de primas de servicios el monto total de $3.220.833.
c) Por concepto de compensación de vacaciones, el monto total de $858.333.

En tratándose de las vacaciones, deberán ser indexadas al momento de su correspondiente pago.

CUARTO: CONDENAR al demandado CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. y a favor del demandante señor MARLON ESCOBAR QUIROZ la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T., la cual opera a razón de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera desde el día siguiente a la terminación del contrato de trabajo, es decir, a partir del 1º de julio de 2016 y hasta que se efectivice el pago correspondiente a cesantías y primas de servicios.

QUINTO: CONDENAR al demandado CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. y a favor del demandante señor MARLON ESCOBAR QUIROZ la sanción por la no consignación de las cesantías dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 de los años 2014 y 2015 en un total de $24.750.000, suma que deberá indexarse al momento del correspondiente pago.

SEXTO: CONDENAR al demandado CENTRO TÉCNICO INTEGRAL DE BELLEZA RICARDO PLATA S.A.S. y a favor del demandante señor MARLON ESCOBAR QUIROZ, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones al correspondiente fondo donde el actor se encuentre afiliado en la actualidad por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2016, teniendo en cuenta para un salario de $1.500.000 para los correspondientes años.

SÉPTIMO: ABSOLVER de los restantes pedimentos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción.

NOVENO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a favor de la parte demandante, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P. Las costas de primera instancia deberán recaer en contra de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **08 2021 00420 01**
Demandante:	EVELIO ÁLVAREZ CORREDOR
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado LUIS EDUARDO CALDERÓN PASTRANA, identificado con cédula de ciudadanía 1.004.155.816 y T.P. 406.112 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EVELIO ÁLVAREZ CORREDOR promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin que se declare la

ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A., por vicios en el consentimiento y falta al deber de información.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta individual de ahorro, con sus respectivos rendimientos financieros y gastos de administración. Además, se condene a COLPENSIONES a recibirlo en el régimen que administra sin solución de continuidad y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *extra* y *ultra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 19 de septiembre de 1963 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde el 17 de marzo de 1987, trasladándose posteriormente al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., en junio de 2005.

Relató que dicho traslado fue producto del error en que lo indujo el asesor del fondo privado, ya que no le informó sobre las condiciones, características, ventajas, desventajas de los dos regímenes pensionales, los requisitos para acceder a la prestación de vejez y las diferentes modalidades en el ese régimen, como tampoco le realizó una proyección de la mesada pensional.

De esa forma, el 22 de junio de 2021 solicitó a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen pensional, y la devolución al régimen de prima media de sus aportes, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, sin que haya recibido respuesta a su solicitud. (f. 1 a 20 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, arguyendo que el traslado que realizó el actor a PORVENIR S.A se

presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, siendo plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria o la ineficacia acaecida en el trámite del traslado alegado, debe probarse en el trámite procesal y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a esa entidad la obligación de recibir y activar la afiliación de la gestora sin solución de continuidad.

Formuló los medios exceptivos de mérito de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (archivos 09).

La demandada PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones formuladas en el escrito genitor, arguyendo que el traslado de régimen pensional efectuado por el actor a través de ese fondo es válido por cuanto brindó la información pertinente, necesaria y oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Añadiendo que el accionante no allega prueba si quiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación que depreca.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de mayo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor EVELIO ALVAREZ CORREDOR, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 11 de abril 2005, mediante su afiliación a*

PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor EVELIO ALVAREZ CORREDOR.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor EVELIO ALVAREZ CORREDOR, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actor.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de $1.160.000 de pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados pueden escoger el régimen al cual quieren pertenecer, con la posibilidad de modificar dicha selección en las oportunidades que establece esa norma, en esa medida, analizaría la procedencia de la ineficacia del traslado de la gestora, memorando que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado.

Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición. Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre la AFP, la cual en el presente caso no acreditó que se haya suministrado la

correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte, máxime si se tiene en cuenta que la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información. Argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, además condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que el traslado de régimen pensional del actor se realizó de manera libre, voluntaria y consciente lo cual da cuenta el interrogatorio de parte que depuso, dado que afirmó conocer las características del régimen que administra; además, se le informó de las condiciones para pensionarse en ambos regímenes pensionales.

En cuanto a la condena referente a devolver rendimientos financieros adujo que no es procedente, pues al ser superiores a los que hubiese recibido en el régimen de prima media solo debe proceder los que se hubiesen recaudado en ese régimen, además las sumas por seguros previsionales se les dio la destinación establecida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1933 y no están en su poder. De otro lado, sobre la indexación de esos rubros dijo que se está incurriendo en una doble condena, pues se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros. En cuanto a la condena en costas dijo que actuó de buena fe, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 […] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 11 de abril de 2005, vinculación que se hiciera efectiva el 1º de junio de 2005 según el reporte SIAFP. (f. 36 y 59 archivo 11). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el aquí demandante señor EVELIO ÁLVAREZ CORREDOR en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que en el año 2005 recibieron la visita de los asesores de PORVENIR S.A. quienes le manifestaron que el ISS sería liquidado y que la mejor opción eran los fondos privados, además que el monto de la pensión en ese fondo sería superior a la que obtendrían en el fondo público y que allí tendría una cuenta individual de ahorro, precisando que solo con posterioridad a la afiliación se enteró de la posibilidad de hacer aportes voluntarios y que su motivación para retornar a COLPENSIONES alude a una motivación económica. Además, refirió que su suscribió el formulario de vinculación de forma voluntaria.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2005, una *"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*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales PORVENIR S.A. manifiesta inconformidad, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los

valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, *contrario sensu*, a lo sostenido por PORVENIR S.A. en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*
>
> *"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*
>
> *"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*
>
> *"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.*
>
> *"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las*

circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por las apelantes, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante y no se evidencia desventaja alguna frente al fondo privado.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*

pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR S.A. respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo*

de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que además de los gastos de administración, el fondo privado debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo indexar estos dos conceptos, por ende, se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en lo demás, habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de los gastos de administración, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados al momento del pago, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **08 2021 00421 01**
Demandante:	BETTY DIAZ GONZALEZ
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada VANESSA GÓMEZ QUINTERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.509.355 y T.P. 409.053 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BETTY DÍAZ GONZÁLEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., con el fin que se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de los fondos demandados, asimismo se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos debidamente indexados. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez con el retroactivo correspondiente, más lo que resulte probado en uso de las facultades *extra* y *ultra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de julio de 1966 y que para el 1º de abril de 1994 se encontraba afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, en donde alcanzó 490.1 semanas antes de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. a partir del 1º de abril de 1999, sin que se le informara sobre las desventajas que le podría acarrear el traslado de régimen y sin efectuar un análisis de su situación pensional en particular, fondo al que cotizó entre abril de 1999 a diciembre de 2001 un total de 138 semanas.

Añadió que posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. a partir del 1º de enero de 2002 sin que le informara las desventajas que le conllevaría permanecer en el régimen que administra y sin examinar su escenario pensional en particular, destacando que en ese fondo alcanza 856.8 semanas las que, sumadas a las cotizadas en el ISS, arrojan un total de 1490 semanas. Por último, relató que solicitó a las demandadas la anulación de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y su afiliación al régimen de prima media, pedimento que fue resuelto de forma negativa por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, argumentado que el traslado que realizó la actora al régimen de ahorro individual se presume efectuado en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, siendo plenamente válido al llevarse a cabo conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria o la ineficacia acaecida en el trámite del traslado alegado, debe probarse en el trámite procesal y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a esa entidad la obligación de recibir y activar la afiliación de la gestora sin solución de continuidad.

Formuló los medios exceptivos de mérito de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (archivos 12).

COLFONDOS S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones del libelo demandatorio. Al respecto, expuso que brindó a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además la asesoró sobre las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el régimen de ahorro individual con solidaridad y el régimen de prima media con prestación definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, 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 y compensación y pago. (archivo 13)

La demandada PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones formuladas en el escrito genitor, argumentando que la vinculación de la demandante al RAIS fue completamente válida, dado que estuvo precedida por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de junio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la*
> *señora BETTY DÍAZ GONZÁLEZ realizado de régimen de prima media al RAIS*
> *acaecido el día 20 de enero de 1999 mediante su afiliación a COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora BETTY DÍAZ GONZÁLEZ.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora BETTY DÍAZ GONZÁLEZ, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y COLFONDOS que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.*

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de las partes demandadas PORVENIR y COLFONDOS liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de $1.160.000 de pesos.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEPTIMO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados pueden escoger el régimen al cual quieren pertenecer, con la posibilidad de modificar dicha selección en las oportunidades que establece esa norma, en esa medida, analizaría la procedencia de la ineficacia del traslado de la gestora, memorando que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado.

Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición. Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre la AFP, la cual en el presente caso no acreditó que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte, máxime si se tiene en cuenta que la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información. Argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, además condenó en costas a COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que cumplió con el deber de información de acuerdo con las normas vigentes para la fecha del traslado en diciembre de 2001, esto es, la

Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, las cuales únicamente establecían la suscripción del formulario de afiliación de forma libre y voluntaria y que se hubiese brindado información relativa al sistema general de pensiones, puntualizando las características propias del régimen de ahorro individual.

De modo que, al ser posteriores las normas que regulan la doble asesoría y el deber del buen consejo, no es posible endilgarle una falta al deber de información. Máxime cuando la demandante contó con todas las herramientas para tomar la decisión que más se adecuara a sus intereses, sin que en ningún momento se acercara a las oficinas de ese fondo a solicitar información adicional sobre su futuro pensional, siendo negligente su proceder, motivo por el cual no se le puede trasladar toda la carga de la prueba a esa administradora.

En cuanto a los gastos de administración, dijo que los rendimientos causados a favor de la actora en ese fondo fueron producto de su buena administración, los cuales no se hubiesen causado en el régimen de prima media; de maneta tal, que al declararse la ineficacia del traslado no es posibles hablar de rendimientos al no haberse descontado esos aportes, los que valga la pena decir son autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y son manejados por una aseguradora en aras de cubrir posibles siniestros. Finalmente, señala que la condena en costas es improcedente por cuanto no le era posible negarse a recibir la afiliación de la gestora, motivos por los cuales solicita se revoque la sentencia de primer grado.

COLPENSIONES en su impugnación expuso que con la declaratoria de ineficacia de traslado se vulneran los derechos de esa demandada, al ser un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en los hechos que se narran en el libelo demandatorio, por ende, no puede salir afectada con la decisión de instancia, con la que se afecta el principio de sostenibilidad financiera de ese régimen ya que sumando los dineros a que se ordenan devolver y los que se hubiera producido de haber permanecido en el régimen de prima media desde que se trasladó al RAIS existe una gran diferencia.

Finalmente, solicita que de confirmarse la sentencia se condicione el cumplimiento de parte de esa administradora a la entrega del archivo detallado de los aportes realizados por la demandante en el régimen de ahorro

individual con solidaridad, la devolución de todos los aportes y cotizaciones, más la suma de seguro de comisión del 3% y los aportes debidamente indexados que debe hacer trasladar los fondos demandadas como consecuencia de tal ineficacia, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia y en especial los numerales segundo, tercero y cuarto de la misma.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber*

de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 […] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información*

corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 20 de enero de 1999, sin embargo, se aporta reporte SIAFP que permite evidenciar que tal vinculación que se hizo efectiva el 1º de marzo de 1999, y además se allegan los formularios de afiliación a PORVENIR S.A. el 10 de diciembre de 2001 y a HORIZONTE el 14 de diciembre de 2004, las que se hicieron efectivas el 1º de febrero de 2002 y el 1º de febrero de 2005 según el reporte SIAFP. (f. 30 y 40 a 41 archivo 14).

No obstante, no obrar el formulario de traslado de régimen inicial, lo cierto es, que los demás formularios si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante BETTY DIAZ GONZALEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que estando al servicio de una empresa de vigilancia, se llevó a cabo un reunión con todo el personal en la que asesores de COLFONDOS les dijeron que el ISS sería liquidado, por tanto, no podían quedar desprotegidos y debían ser trasladados al fondo privado, en consecuencia suscribió el formulario de afiliación, acotando que fue una decisión que impuso la empresa, sin que se le explicaran los beneficios o las implicaciones de ese traslado. De otro lado, agregó que su afiliación a PORVENIR S.A. se dio en similares circunstancias, sin que el asesor del fondo les diera más explicaciones y sin tener la opción de realizar preguntas.

Por su parte, el Representante Legal de la demandada COLFONDOS en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que el formulario de afiliación es el único documento que da cuenta de la información que suministró ese fondo a la actora al momento del traslado, el cual era el único requisito exigible para la época, documento que solicitó al momento de dar contestación a la demanda al fondo sin que se haya obtenido respuesta al respecto, dado que es un tercero el que custodia esa información.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de parte de COLFONDOS S.A. para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"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*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó

el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales PORVENIR S.A. manifiesta inconformidad, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, *contrario sensu*, a lo sostenido por PORVENIR S.A. en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, respecto de COLPENSIONES,

debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES,*

aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por las apelantes, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante y no se evidencia desventaja alguna frente al fondo privado.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de

administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR S.A. respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo*

de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que además de los gastos de administración, los fondos privados demandados deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que deben ser indexados al momento de su pago, igualmente los fondos privados deben entregar a COLPENSIONES un archivo detallado de los conceptos y las sumas a devolver, conforme lo solicita esa encartada en la apelación, por ende, se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primer grado en tal sentido, en lo demás habrá de confirmarse.

Por último, debe precisar la Sala que no ahondará en el estudio de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la decisión de la *a-quo* sobre el particular no fue objeto de inconformidad por parte de la activa y estudiarse el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que no impide que la actora eleve tal pedimento con posterioridad a COLPENSIONES. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de los gastos de administración, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados al momento del pago, junto con el detalle

pormenorizado de los conceptos y las sumas a devolver, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **08 2022 00165 01**
Demandante:	JORGE OMAR MOSQUERA CIFUENTES
Demandados:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LIZETH DANIELA LOZANO ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.117.486.822 y T.P. 376.971 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 13 de julio de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE OMAR MOSQUERA CIFUENTES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con el fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. y se declare que se encuentra válidamente afiliado sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que recibió con ocasión de su afiliación a ese fondo, incluyendo los aportes obligatorios y voluntarios de ser el caso, junto con los bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima y cualquier otro concepto a que haya lugar. Se condene a COLPENSIONES a registrar, actualizar y contabilizar en su historia laboral todos los periodos cotizados en el régimen de ahorro individual, active su afiliación en el régimen que administra y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que 18 de agosto de 1987 se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y que posteriormente fue contactado por un asesor del fondo demandado para que se trasladara al régimen pensional que administra, afiliación que se llevó acabo el 3 de agosto de 1998 con la suscripción del formulario de afiliación, el cual fue diligenciado por el asesor de COLFONDOS.

Seguidamente, expuso que la administradora de pensiones demandada previo a la suscripción del formulario no le brindÓ una asesoría cierta, comprensible, clara, completa, oportuna, e imparcial sobre las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen pensional, ni le informó sobre las diferencias, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, las características y requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y otro, ni le efectuó una proyección de su mesada, ni le indico la posibilidad que tenia de retornar al régimen de prima media, o del derecho de retracto que le asistía, viciando así su consentimiento.

Al contrario, le dijo que se podía pensionar de forma anticipada, que su mesada en ese régimen sería superior, que obtendría rendimientos y que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba a ser liquidado por malos manejos, lo que conllevaría a la perdida de sus aportes, razones por las cuales suscribió el formulario de afiliación bajo ese errado convencimiento, y dándose cuenta a la postre que su mesada en el régimen de prima media seria superior al que obtendría en el régimen de ahorro individual, motivo por el cual solicitó a las encartadas la anulación al de su afiliación al RAIS y el traslado al RPMPD, pedimentos que fueron denegados. (archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, argumentado que el traslado que realizó la actora al régimen de ahorro individual se presume efectuado en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, siendo plenamente válido al llevarse a cabo conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria o la ineficacia acaecida en el trámite del traslado alegado, debe probarse en el trámite procesal y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a esa entidad la obligación de recibir y activar la afiliación de la gestora sin solución de continuidad.

Formuló los medios exceptivos de mérito de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (archivos 11).

COLFONDOS S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones del libelo demandatorio. Al respecto, expuso que brindó al actor una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además la asesoró sobre las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el régimen de ahorro individual con solidaridad y el régimen de prima

media con prestación definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, 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 y compensación y pago. (archivo 13)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de julio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor JORGE OMAR MOSQUERA CIFUENTES realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 03 de agosto de 1998 mediante su afiliación a COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor JORGE OMAR MOSQUERA CIFUENTES.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor JORGE OMAR MOSQUERA CIFUENTES, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, activar su afiliación y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.*
>
> *QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada COLFONDOS liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de $1.160.000 de pesos.*
>
> *SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados pueden escoger el régimen al cual quieren pertenecer, con la posibilidad de modificar dicha selección en las oportunidades que establece esa norma, en esa medida, analizaría la procedencia de la ineficacia del traslado del gestor, memorando que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado.

Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición. Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre la AFP, la cual en el presente caso no acreditó que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte, máxime si se tiene en cuenta que la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información. Argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, además condenó en costas a COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que el traslado de régimen que realizó la actora el 3 de agosto de 1998 a través de COLFONDOS S.A., se efectuó en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, consagrado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, siendo plenamente valida por haberse realizado conforme a las exigencias vigentes para esa fecha.

De otro lado, expuso que el promotor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen pensional establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, sin que además sea Beneficiario del régimen de transición, iterando que el traslado se surtió de manera voluntaria. Añadió frente a la carga de la prueba, que no se allega prueba

documental alguna sobre el particular, pues para la fecha de traslado no era exigible, motivos por los cuales solicita se revoque la sentencia de instancia.

COLFONDOS S.A. en su impugnación adujo que cumplió con el deber de información, de modo que, no existió una indebida o equivocada asesoría de su parte, más aún si se tiene en cuenta que la demandante es una persona capaz, que contaba con la capacidad de analizar los argumentos manifestados por los asesores de ese fondo, para así poder tomar la decisión que más le conviniera, sin que sea dable alegar la nulidad del traslado después de tantos años. Igualmente, indicó que el deber de doble asesoría surgió con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, y además brinda constante capacitación a sus asesores sobre las características del RAIS, luego, en el presente caso con la suscripción del formulario se acredita la debida información que suministró en su momento, sin que el gestor hiciera uso del derecho de retracto, pues por el contrario hizo uso de su derecho de libre escogencia de régimen.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito

su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el

artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 […] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación a través del cual el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 3 de agosto de 1998, vinculación que se hizo efectiva el 1º de octubre de 1998 según el reporte SIAFP. (f. 24 y 25 archivo 13). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y*

voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, el demandante JORGE OMAR MOSQUERA CIFUENTES en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que en el año 1998 estando al servicio de la empresa ECU LINE, arribaron asesores de COLFONDOS los cuales le dijeron que el ISS sería liquidado y que debían trasladarse a un fondo privado, siendo esa administradora la mejor opción pues estaba respaldo por CITIBANK, además, le dijeron que se podía pensionar de manera anticipada y que era mucho mejor que el ISS, así las cosas, y por sugerencia de sus jefes, suscribió el formulario de afiliación de forma voluntaria.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás, guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"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*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la

administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de

pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que además de los gastos de administración, el fondo privado demandado debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que deben ser indexados al momento de su pago, por ende, se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primer grado en tal sentido, en lo demás habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 13 de julio de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de los gastos de administración, COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento del pago, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **09 2021 00119 01**
Demandante:	LUIS SNEYDER ORTÍZ
Demandados:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS SNEYDER ORTÍZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que cumple con los requisitos para que le sea reconocida la pensión de vejez, al haber cotizado más de 1300 semanas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las cuales fueron efectuadas con ocasión de su labor al servicio en instituciones de educación superior privadas exclusivamente y contar con 62 años de edad.

Igualmente, se declare que el reconocimiento de la pensión de vejez es compatible con la que actualmente percibe por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la encartada reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 1º de octubre de 2020 y con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, pago de indexación, intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y lo que resulte probado de manera *extra* y *ultra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 16 de julio de 1958, así como que laboró en el sector privado y al servicio del estado en su calidad de docente.

Que con ocasión de su labor en diferentes instituciones educativas del sector privado, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, donde efectuó 1.813 semanas cotizadas por el periodo comprendido entre el 3 de septiembre de 1981 y el 30 de septiembre de 2020, calenda última en que realizó su última cotización.

Expuso que el 16 de julio de 2020 cumplió 62 años de edad, momento en que ostentaba más de 1300 semanas cotizadas, lo que condujo a que solicitara ante COLPENSIONES el reconocimiento pensional, el cual fue negado a través de las Resoluciones SUB 159668 del 27 de julio de 2020, SUB 184082 del 28 de agosto de 2020 y DPE 9130 del 2 de julio de 2020, bajo el entendido que ya tenía reconocida una pensión reconocida por el Magisterio, existiendo así una incompatibilidad pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que teniendo en cuenta la edad y el tiempo de cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en principio el actor podría ser beneficiario de una pensión de vejez; no obstante, le fue reconocida pensión de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 0551 del 24 de enero de 2018, de allí que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 48 de la Constitución Política, una persona no puede gozar de dos prestaciones que cubran una misma contingencia como es el caso de la pensión de vejez.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, no configuración de intereses moratorios y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022 condenó a COLPENSIONES reconocer y pagar a favor al aquí demandante señor LUIS SNEYDER ORTÍZ la pensión de vejez contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de octubre de 2020 y en cuantía inicial de $8.634.027.66, a razón de 13 mesadas pensionales anuales.

Igualmente, condenó a la encartada reconocer y pagar la suma de $269.044.613,42 por concepto de mesadas pensionales retroactivas desde el 1º de octubre de 2020 hasta el mes de diciembre de 2022, junto con el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 17 de noviembre de 2020 y hasta que se produzca la correspondiente inclusión en nómina, ordenando a su vez a la entidad descontar lo referente a los aportes en salud.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que en tratándose de la compatibilidad pensional, de conformidad con lo establecido por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes forman parte del régimen exceptuado de aquellos vinculados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo que dicha ley no les era aplicables a esta clase trabajadores.

Que por tal razón, la norma permite la compatibilidad pensional de las pensiones a razón de profesores del Magisterio y las contingencias propias dispuestas en la Ley 100 de 1993 con la que se creó el sistema general de seguridad social. Igualmente, adujo que el Decreto 1833 de 2016 estableció que los docentes tienen derecho a que la totalidad de los aportes que se administren en el FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO o en cualquiera de las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el de Ahorro Individual con Solidaridad, inclusive la posibilidad de acumular cotizaciones, sin que se les exija que obligatoriamente deban escoger uno de los dos regímenes, sino que lo que prevé la norma en cuestión es la posibilidad de solicitar la acumulación de aportes efectuados en uno de esos regímenes con el fin de incrementar la prestación económica por vejez, o disfrutar ambas prestaciones.

En tal sentido concluyó que el demandante cumple con los requisitos mínimos de semanas y edad contemplados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de octubre de 2020, a partir en que el actor cesó de manera definitiva sus cotizaciones al sistema, ello por cuanto si bien cumplió la edad el 16 de julio de 2020, continuó cotizando hasta el mes de septiembre de 2020 (retiro tácito).

Seguidamente, determinó que el IBL que le corresponde al demandante es el equivalente a la suma de $11.692.942.80, que al aplicársele una tasa de reemplazo del 73.84%, se obtiene una mesada pensional de $8.634.027. 66, pagadera a partir del 1º de octubre de 2020.

En lo que respecta a la condena de los intereses moratorios, mencionó que los mismos gozan de prosperidad al tenor de la Ley 797 de 2003, sin que sea entonces procedente la indexación.

Por último, argumentó que tampoco gozó de prosperidad la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, solicitando la revocatoria íntegra de la sentencia de primera instancia. Argumentó en su alzada que teniendo en cuenta la prohibición legal contemplada en el artículo 128 de la Constitución Política y teniendo en cuenta que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dicha prestación resulta incompatible con la aquí reconocida, ya que es la misma Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la que impide que un mismo beneficiario tenga el acceso al mismo tiempo de dos pensiones que por su naturaleza cubran el mismo riesgo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto a favor de COLPENSIONES, en concordancia con el recurso de apelación formulado por la

misma entidad, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez otorgado en primera instancia, en atención a la figura de compatibilidad en lo que concierne con la pensión de vitalicia de jubilación que en la actualidad se encuentra disfrutando y que fuese reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

De salir avante lo anterior, habrá de determinarse los aspectos reconocidos en primer grado, tales como monto, fecha de causación, entre otros, teniendo en cuenta el grado jurisdiccional que se estudia el proceso en favor de COLPENSIONES.

En últimas, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, deberá analizarse la procedencia o no del reconocimiento y pago a su favor de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Para el análisis de los problemas jurídicos expuestos en precedencia, es menester que la Sala ponga de presente que no fue objeto de reproche que al aquí demandante mediante Resolución No. 0551 24 de enero de 2018, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación a partir del 17 de julio de 2013 en cuantía inicial de $1.910.953, acto administrativo que evidencia que el actor acreditó tiempos públicos como educador (Fls. 20 a 25 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

Tampoco el hecho que según se aprecia de la historia laboral allegada y actualizada a calenda 27 de febrero de 2021, el demandante acreditó al sistema general de pensiones dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de empleadores de carácter particular durante el periodo comprendido entre el 3 de septiembre de 1981 y el 30 de septiembre

de 2020 un total de 1814.57 semanas (Fls. 4 a 19 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

Mucho menos el hecho que luego de que el demandante elevara el 17 de julio de 2020 ante COLPENSIONES solicitud de pensión de vejez, la encartada mediante las Resoluciones SUB 159668 del 27 de julio de 2020, SUB 184082 del 28 de agosto de 2020 y DPE 12649 del 17 de septiembre de 2020, negó el derecho prestacional con el argumento que el señor LUIS ENRIQUE ORTÍZ percibía una pensión de jubilación por parte del MAGISTERIO, existiendo así una incompatibilidad pensional con la aquí reconocida (Fls. 32 a 41, 58 a 65 y 66 a 75 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

d. De la compatibilidad de la pensión vitalicia de jubilación reconocida al demandante por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO y la de vejez reconocida en sede de primera instancia atinente a una de vejez bajo las prerrogativas de que trata la Ley 797 de 2003.

Para lo pertinente, es menester poner de presente que debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra:

> *"Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989,* ***cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración****." (Negrita fuera del texto)*

A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, dispuso:

> ***"Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores****. Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del*

formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado".

De la norma en cita se desprende que existe la posibilidad de que los profesores afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, pueden realizar los aportes a pensión en uno de los dos regímenes contemplados en la Ley 100 de 1993.

Al respecto, en la sentencia con Radicación No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, traída a colación en la sentencia SL451-2013, Radicación No. 41001 del 17 de julio de 2013, nuestro máximo órgano de cierre expuso que no existen razones jurídicamente válidas para colegir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente resulte incompatible con la pensión de vejez que pueda obtenerse del ISS hoy Colpensiones, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. En aquella oportunidad y, luego de citar el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, la alta Corporación precisó:

"(…) precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

"Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, (…)". (Subraya la Sala).

Línea jurisprudencial que se ha venido manteniendo en el tiempo a través de distintas decisiones, tales como la SL1968-2022, Radicación No. 88439 del 30 de marzo de 2022, SL2383-2022, Radicación No. 79768 del 12 de julio de 2022,

SL393-2023, Radicación No. 92116 del 28 de febrero de 2023, entre otras, puesto que en términos generales los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pueden de manera simultánea prestar servicios a instituciones privadas y, con ello financiar la pensión de vejez a cargo del ISS, siendo así clara la compatibilidad de esa pensión con la aquí perseguida por vejez dentro del sistema de seguridad social de que trata la Ley 100 de 1993 en la medida que las cotizaciones al Magisterio fueron efectuadas por diferentes empleados del sector distrital y municipal, siendo así que su financiación provenga de diferente fuente.

Además, de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, paga las prestaciones que concede, no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no ostentan su origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia consultada; circunstancia por la cual, la sentencia de primera habrá de confirmarse sobre este puntualísimo aspecto.

e. Del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz de los preceptos de la Ley 797 de 2003:

Pretende el demandante se reconozca y pague la pensión de vejez, advirtiéndose al respecto, que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como quiera que si bien ostenta una densidad de semanas equivalentes a 1814.57, lo cierto es que nació el 16 de julio de 1958 según se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento (Fl. 3 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y PDF 13 – RESPUESTA REQUERIMIENTO), cumpliendo 60 años de edad el mismo mes y día de la anualidad 2018, de allí que no tenga cabida alguna el régimen transicional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues incluso atendiendo la ampliación de dicha transición según los preceptos del Acto Legislativo 01 de 2005, la misma finalizó el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, se procede con el estudio de la prestación de vejez deprecada en los términos reseñados en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

> *"**ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> *(…)"*

De esta forma, palmario resulta entonces que el demandante nació el 16 de julio de 1958, por lo que cumplió 62 años de edad el 16 de julio de 2020, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que el señor LUIS SNEYDER ORTÍZ cuenta con un total de 1814.57 semanas cotizadas a COLPENSIONES según se acredita en la Historia Laboral expedida el 27 de febrero de 2021 por la misma encartada, situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez; en el caso del promotor, por cumplir 62 años de edad el 16 de julio de 2020 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

f. De la fecha de disfrute y el monto de la mesada pensional:

En este punto, precisa la Sala que el demandante durante toda su vida laboral acreditó un total de 1814.57 semanas, siendo su última cotización en el mes de septiembre de 2020.

Es por ello, que si bien no se reporta novedad de retiro por su último empleador que lo fue "UNIVERSIDAD DE LA SALLE", como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL929-2019, Radicación No. 63203 del 20 de marzo de 2019, ante la voluntad del demandante de no continuar cotizando al sistema puede deducirse que se satisfizo con el requisito de que trata el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para la adquisición de la prestación, pues esa especialísima situación puede entenderse como un retiro tácito.

Con este escenario y, como lo sostuvo la operadora de instancia, la pensión de vejez del demandante debió reconocerse a partir del 1º de octubre de 2020.

Ahora, en lo que atañe al monto de la primera mesada pensional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el promedio del IBL debe calcularse con toda la vida laboral o, con los últimos diez años, como quiera que el demandante cotizó más de 1250, por lo que una vez realizado lo de rigor, aprecia la Sala que la liquidación más favorable al actor es la de los últimos 10 años, la cual arroja para la anualidad 2020 un IBL de $11.681.836.57, que al aplicársele una tasa de reemplazo del 73.8%, arroja como primera mesada pensional la suma de $8.626.566.76, tenido en cuenta los siguientes conceptos:

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2010	90	71,200	103,80	1,458	$ 7.698.333,33	$ 11.223.132	$ 33.669.396
2011	360	73,450	103,80	1,413	$ 7.832.333,33	$ 11.068.703	$ 132.824.430
2012	360	76,190	103,80	1,362	$ 8.223.833,33	$ 11.204.015	$ 134.448.180
2013	360	78,050	103,80	1,330	$ 8.845.000,00	$ 11.763.113	$ 141.157.361
2014	360	79,560	103,80	1,305	$ 9.198.833,33	$ 12.001.494	$ 144.017.934
2015	360	82,470	103,80	1,259	$ 9.566.833,33	$ 12.041.194	$ 144.494.332
2016	360	88,050	103,80	1,179	$ 10.141.166,67	$ 11.955.174	$ 143.462.092
2017	360	93,110	103,80	1,115	$ 10.724.816,67	$ 11.956.138	$ 143.473.651
2018	360	96,920	103,80	1,071	$ 11.081.666,67	$ 11.868.314	$ 142.419.769
2019	360	100,000	103,80	1,038	$ 11.303.166,67	$ 11.732.687	$ 140.792.244
2020	270	103,800	103,80	1,000	$ 11.229.000,00	$ 11.229.000	$ 101.061.000
Total días	3600				Total devengado actualizado a:	2020	$ 1.401.820.388
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	$ 11.681.836,57
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	73,8%
						Primera mesada	$ 8.626.566,76
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2020	$ 877.803,00

Así las cosas, en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto en favor de COLPENSIONES, habrá lugar a modificar el monto de la primera mesada pensional determinado en primera instancia, toda vez que la aquí calculada luce inferior, concluyéndose que el monto de la primera mesada pensional del señor LUIS SNEYDER ORTÍZ para el mes de octubre de 2020 asciende a la suma de $8.626.566.76.

A su vez, se dispondrá ordenar a la entidad pagar a favor del demandante a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2020 y el 31 de agosto de 2023 la suma de $352.594.009:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/89	31/12/89	27,00%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/90	31/12/90	26,00%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/91	31/12/91	26,10%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/92	31/12/92	26,00%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/93	31/12/93	25,13%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/94	31/12/94	22,60%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/95	31/12/95	22,59%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/96	31/12/96	19,46%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/97	31/12/97	21,63%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/98	31/12/98	17,68%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/99	31/12/99	16,70%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/00	31/12/00	9,23%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/01	31/12/01	8,75%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 0,00	0,00	$ 0,0
01/10/20	31/12/20	3,80%	$ 8.626.567,00	4,00	$ 34.506.268,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 8.765.455,00	13,00	$ 113.950.915,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 9.258.074,00	13,00	$ 120.354.962,0
01/01/23	31/12/23	13,12%	$ 10.472.733,00	8,00	$ 83.781.864,0
Total retroactivo				$ 352.594.009,00	

Puntualiza igualmente la Sala que, del retroactivo pensional aquí determinado se autorizará a COLPENSIONES con la finalidad de que efectúe los correspondientes descuentos en salud.

g. Del pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

> *"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:*
>
> *El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:*
>
> *A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.*
>
> *Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).*
>
> *En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.*
>
> *Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."*

Analizado entonces el caso de marras, se configuró un actuar indebido por la encartada, en tanto, como se expuso a lo largo de estas consideraciones, por

misma disposición legal en los términos de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, la norma permite la compatibilidad de la que se aqueja COLPENSIONES.

De otra parte, la alta Corporación en un asunto de similares contextos fácticos y petitorios de cara al reconocimientos y pago de una pensión de vejez en el sistema de seguridad social en pensiones, de una persona que ya se encontraba pensionada por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en lo que concierne al pago de intereses moratorios dentro de la decisión SL3359-2020, Radicación No. 77896 del 31 de agosto de 2020, asentó:

> *"En conclusión, como quedó establecido que la AFP Protección S. A. debe pagar al reclamante la pensión de vejez, procede el pago de los intereses moratorios, toda vez que estos, siguiendo el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se materializan cuando existe mora en el pago total de las mesadas pensionales, pues solo en casos excepcionales se ha aceptado su improcedencia, por ejemplo, cuando la entidad administradora se abstiene de reconocer la prestación ante la existencia de una controversia entre posibles beneficiarios (ver sentencias CSJ SL11940-2017; CSJ SL704-2013; CSJ SL13369-2014 y CSJ SL14528-2014) o cuando el debate gira en torno a una preceptiva de orden legal vigente para el momento en que se cumplió la reclamación por el interesado y el derecho se otorga bajo un criterio de origen jurisprudencial (CSJ SL4403-2018 y CSJ SL12207-2016, que reiteran las sentencias CSJ SL10504-2014 y CSJ SL10637-2014), presupuestos que en este caso no se cumplen."*

Es por ello que, habrá de confirmarse el pago de los intereses moratorios determinado por la falladora de instancia a partir del 17 de noviembre de 2020, como quiera que se dispuso condena después de los 4 meses de gracia con que contaba la entidad, ello por cuanto la solicitud de reconocimiento fue elevada por el actor el 17 de julio de 2020, por lo que se mantendrá incólume este puntualísimo aspecto.

h. De la excepción de prescripción:

Por último, como lo determinó la *a-quo*, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el 151 del C.P.T. y de la S.S., no operó el fenómeno prescriptivo.

Lo anterior, como quiera que el derecho prestacional dentro del presente asunto se está reconociendo a partir del 1º de octubre de 2020, elevándose solicitud pensional por parte del demandante a la entidad el 17 de julio de 2020. A razón de ello, la entidad expidió las Resoluciones SUB 159668 del 27 de julio de 2020, SUB 184082 del 28 de agosto de 2020 y DPE 12649 del 17 de septiembre de 2020 con las que negó el derecho pensional teniendo en cuenta la resolución del asunto en sede de reposición y subsidiariamente apelación, lo que implica que el término prescriptivo trienal fue suspendido hasta la notificación personal de la última resolución mencionada que fue el 29 de septiembre de 2018.

Seguidamente, la demanda se instauró el 9 de marzo de 2021 como da cuenta el acta individual de reparto, siendo notificada la demanda a COLPENSIONES el 13 de diciembre de 2021, esto es, dentro del término trienal prescriptivo que dispone la norma; circunstancia por la cual, ninguna de las mesadas pensionales se vio afectadas por este fenómeno.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de determinar que la primera mesada pensional del aquí demandante señor LUIS SNEYDER ORTÍZ al mes de octubre de 2020 asciende a la suma de $8.626.566.76.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **MODIFICAR** parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que el retroactivo a pagar por parte de COLPENSIONES y a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2020 y el 31 de agosto de 2023 asciende a la suma de $352.594.009, retroactivo que se seguirá generando hasta que se realice el correspondiente pago, al igual que del mismo de AUTORIZA a la entidad efectuar los descuentos en salud, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**. Se fija como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **10 2019 00628 01**
Demandante:	ANDRES FELIPE RIOS VELÁSQUEZ
Demandado:	CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 20 de enero de 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ANDRES FELIPE RIOS VELÁSQUEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S., a fin que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 11 de

marzo de 2014 y el 31 de diciembre de 2016, el cual terminó por decisión unilateral de la empleadora.

En consecuencia, se la condene al pago de salarios, compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido, a efectos de desempeñarse como Jefe de Proyectos de Cuadrilla, siendo responsable de la gestión operativa, técnica y económica de los proyectos de la empleadora; refiere que laboró inicialmente en la ciudad de Bogotá y a partir del 22 de junio de 2015, fue trasladado al Departamento de Santander, debiendo desplazarse entre las ciudades de Bucaramanga y Cúcuta.

Que devengaba el salario integral de $9.831.557, y a partir del 22 de junio de 2015 $1.700.000 por auxilio de vehículo y $1.000.000 por auxilio de vivienda, valores adicionales que se pactó no constituir factor salarial; relata que el 15 de diciembre de 2016 la accionada le informó al trabajador, que el contrato fenecería el 31 de diciembre de dicha anualidad.

Refiere que entre el 23 y el 31 de diciembre de 2016, prestó el servicio desde la ciudad de Manizales; que realizó entrega de los elementos de trabajo, siendo la liquidación enviada hasta el 20 de enero de 2017, pese a ello, el monto adeudado no le fue cancelado, comunicándosele el 17 de abril de 2017, que la misma fue

puesta a órdenes de los Juzgados Laborales; así mismo, que la razón para restringir la entrega del dinero, es el estar adelantando una investigación en el proyecto de Bucaramanga por presentación de informes financieros no ajustados a la realidad.

Que en el mes de febrero de 2017, fue requerido para asistir a una reunión, la cual se llevó de manera virtual el 22 de febrero de dicha anualidad, y pese a dar las explicaciones pertinentes, a la fecha no le ha sido solucionada la liquidación definitiva. Finalmente, que la demandada solo hasta el 30 de mayo de 2017 autorizó el pago de $6.712.666, sin embargo, no ha adelantado las gestiones necesarias para el desembolso ante el Juzgado Laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S. dentro del término legalmente concedido contestó la demanda, señalando ser cierto lo atinente a la existencia del contrato de trabajo; no obstante, no se le ordenó prestar función alguna desde la ciudad de Manizales.

Que el actor prestó servicios hasta el 28 de diciembre de 2016, data en que entregó el cargo, siendo el último empleo desempeñado el de Jefe de Proyectos en los contratos ESSA y CENS, sin que debiera ejecutar función alguna en Manizales; que en el contrato de trabajo se pactó que el pago final de la liquidación, se verificaría tras el lapso de quince (15) días hábiles, en razón de lo cual se realizó una auditoría, con el hallazgo de pérdidas por valor de $388.000.000, por manejo inadecuado de información, por lo cual se consignó la liquidación definitiva con

orden de no pago hasta que se aclarar lo pertinente, sin que la explicación dada justificara de manera integral el incumplimiento de sus funciones.

Propuso y sustentó la excepción previa de falta de jurisdicción y las de mérito de hallazgo sobreviniente en el ejercicio de sus funciones, no conocidos al momento de la terminación del contrato de trabajo, que desvirtúan la ausencia de justa causa para la decisión del empleador; pago y compensación y la de buena fe.

La parte demandada además interpone demanda de reconvención, a efectos que se condene al señor ANDRES FELIPE RIOS VELÁSQUEZ al pago de $488.000.000, por haber incurrido en grave incumplimiento al contrato de trabajo, con la correspondiente compensación frente al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

El demandado en reconvención contestó la demanda señalando que cumplió las funciones a su cargo de buena fe, y no hacían referencia a establecer costos de contratos, por lo cual no estaba a su alcance garantizar márgenes de ganancias.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de improcedencia de la demanda de reconvención, compensación, el demandado en reconvención continuamente mantuvo informada a la empresa del estado del proyecto y sus actuaciones siempre estuvieron sujetas a las órdenes e instrucciones que le impartió la empresa a través de sus superiores; inviabilidad del proyecto desde que se licitó el contrato por no considerar los costos reales del mismo; prescripción; el despido del demandado en reconvención fue unilateral, sin justa causa, la empresa tuvo tiempo de adelantar previamente la auditoría en vigencia de la relación laboral

para permitirle el derecho a controvertir y a la defensa; el ex trabajador no está obligado a asumir los perjuicios y pérdidas económicas de su ex empleador; buena fe y mala fe de la demandante en reconvención; y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de enero de 2023, declaró probado el incidente de desconocimiento propuesto por el señor ANDRES FELIPE RIOS VELASQUEZ, frente a los documentos físicos; declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de marzo de 2014 y el 31 de diciembre de 2016; en consecuencia, condenó a la demandada al pago de compensación de vacaciones por valor de $3.146.200, indemnización por despido sin justa causa por monto de $ 15.428.989, sumas que deben solucionarse debidamente indexadas; declaró parcialmente probada la excepción de pago, y absolvió de todas las pretensiones de la demanda de reconvención.

En sentencia complementaria, absolvió a la accionada del pago de la indemnización moratoria.

Para tal efecto el *a-quo* señaló que, para la fecha del despido, la Corte Suprema de Justicia, señaló en primera medida frente al incidente de desconocimiento, que no se acreditó que la documental que reposa a folios físicos 84 a 94 y 96-106 del documento digital 01 que se denomina *"INFORMACIÓN CONTRATO 3092 CONTROL PÉRDIDAS BUCARAMANGA"*, sea de autoría del demandante, ello en tanto en la relación de pruebas de la contestación de la demanda, se señala en el numeral 5º que se aporta un informe de hallazgos de auditoría de proyecto a cargo fechado el

10 de enero de 2017, y además se refiere en la demanda que el informe que se adjunta, fue elaborado por quien reemplazó al demandante, quien presentó un informe el 15 de diciembre de 2016. Así mismo, en la demanda, no se acepta por activa la elaboración del documento. Por su parte, el testigo DAVID ÁLVAREZ CARVAJAL, refirió que él no elaboró el documento, y que el mismo era una presentación del demandante, realizada en el mes de diciembre.

De otra parte, del análisis de la documental se evidencia que en el informe se habla de renovación de la prórroga del contrato o proyecto, y sobre el tiempo de ejecución, se habla que la terminación de la primera prorroga duraría hasta el 31 de enero de 2017, y en tal sentido el documento se realizó necesariamente antes del año 2016. El documento, además, carece de fecha y de suscripción por persona alguna, y no se confesó por activa confesión al respecto, circunstancias que en conjunto desvirtúan el testimonio antes referido.

Determinado lo anterior, señaló que el extremo final del contrato de trabajo se encuentra plenamente acreditado como el 31 de diciembre de 2016 y no el 28 de diciembre como lo aducía la parte demandada; ello en tanto se aportó la misiva de despido en la cual se refiere de manera expresa que el contrato finiquitaría el 31 de diciembre de 2016, máxime que se aceptó como cierto el hecho en el cual se narró lo atinente al despido y la entrega del empleo en esa fecha.

En ese orden de ideas, estimó que el contrato de trabajo finiquitó de manera unilateral y sin justa causa por decisión de la sociedad empleadora, por lo cual accedió al pago de la respectiva indemnización; más aún, cuando no es de recibo que se aduzcan motivos sobrevinientes a la decisión del finiquito laboral.

De otra parte, refirió que se adeudan las acreencias laborales dejadas de solucionar en la liquidación definitiva, por lo que dispuso el pago de vacaciones y de la indemnización por despido sin justa causa, las cuales, además refirió que no dan lugar a la indemnización moratoria, lo cual también se predica del pago de descansos remunerados.

Finalmente, en lo atiente a la demanda de reconvención argumentó que la pretensión se fundamentaba nuevamente en la documental que reposa a folios físicos 84 a 94 y 96-106 denominado *"INFORMACIÓN CONTRATO 3092 CONTROL PÉRDIDAS BUCARAMANGA"*, misma respecto de la cual procedió el incidente de desconocimiento de autoría por parte del demandado en reconvención; así las cosas, no se encontró acreditado el incumplimiento del contrato de trabajo por la presunta presentación de informes con datos errados. Máxime que las restante pruebas aportadas no dan cuenta de ello.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación. Sustentó la misma en que sí era factible establecer la autoría por parte del trabajador, de los archivos que fueron objeto de desconocimiento, atinentes al informe de la gestión ejecutada, bajo el nombre "*pérdidas Bucaramanga*", lo cual incluso fue relatado en la demanda; además tal documento fue el que presentó a la empresa para acreditar su actividad; así el testigo DAVID ALVÁREZ lo corrobora, y se desprende de los correos enviados.

Aunado a lo anterior, se adujo que el documento se realizó con anterioridad al mes de diciembre, sin embargo, en la página octava se incluyen datos de dicha mensualidad.

De otra parte, que la *a-quo* interpretó de manera exegética el artículo 62 del C.S.T., pasando por alto que solo hasta la fecha de entrega del cargo la empresa se enteró del grave incumplimiento del contrato, configurándose las causales 2ª y 6ª de la citada disposición para darlo por terminado. Se trata así, de un evento particular, en tanto el despido sin justa causa está viciado por error ante la falta de conocimiento de la empresa del incumplimiento del accionante de sus funciones. De tal manera, que se configuró un vicio del consentimiento de la empleadora al optar por la terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

Finalmente, apeló la decisión absolutoria de la demanda de reconvención, en tanto el trabajador ocasionó por culpa atribuible a su actuación, perjuicios para la empleadora, lo cual se advierte con la documental "*pérdidas Bucaramanga*" y "*balance pérdidas Santanderes*".

IV. CONSIDERACIONES:

4.1Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si no era dable declarar probado el incidente de desconocimiento de documento; así mismo, si se debe condenar al accionante principal al pago de la indemnización por despido sin justa causa; finalmente, si se debe acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención.

4.3 Desconocimiento de documento:

Sea lo primero indicar que la *a-quo* en la sentencia de primera instancia declaró probado el incidente de desconocimiento del documento que milita a folios 96 a 106 del documento digital número 01, que se denomina *"INFORMACIÓN CONTRATO 3092 CONTROL PÉRDIDAS BUCARAMANGA",* frente a lo cual el recurrente refiere que el mismo si es de autoría del trabajador, del cual se hace expresa referencia en la demanda y lo corroboró el testigo DAVID ALVÁREZ; así mismo, que no es de recibo que se estime que se haya realizado con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

Ahora bien, el artículo 272 del C.G.P., regula que la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La parte demandada el operar la *litis contestatio,* específicamente al sustentar la excepción de compensación, relató:

> *"El 15 de diciembre de 2016 el demandante presentó un informe sobre el estado del contrato de "Pérdidas Bucaramanga", donde castigando las provisiones irreales y las pérdidas de material durante el año, arrojaba una proyección de cierre del mes con margen de 1.5%, margen que varió mientras*

se reunía con el Ing. DAVID ÁLVAREZ el 28 de diciembre de 2016 a un -20.6% y más tarde a un margen de -68,4%". (Fl. 77 archivo 01 PDF).

En igual sentido, en la demanda de reconvención se relató:

"8.- Durante el año 2016, el trabajador siempre presentó informes y proyecciones a la Gerencia General y sus jefes, en los que mantuvo márgenes positivos entre lo proyectado y lo ejecutado que no se ajustaban a la realidad, caso de los meses de febrero con 6.4%, marzo con 1.9%, abril con 0.9%, mayo con 06%, septiembre con 10% y octubre con 20%; o márgenes que aunque negativos eran bajos y no se ajustaron a la realidad, caso de enero con un -4.63%, junio con -7%, julio con - 14% y agosto con -8%".

"[…]

"12.- El trabajador presentó un informe el 15 de diciembre de 2016 sobre el estado del contrato de "Pérdidas Bucaramanga" y el 20 de diciembre siguiente presentó una proyección de cierre del mes con margen de 1.5%, indicando que en esa proyección ya había cargado las pérdidas por material y los ingresos irreales para dejar el contrato sin pendientes por cargar en esos aspectos para el 2017".

Así las cosas, se advierte que en efecto la parte demandada atribuyó el documento denominado *"INFORMACIÓN CONTRATO 3092 CONTROL PÉRDIDAS BUCARAMANGA"*, a la autoría del actor, por lo cual debía acreditar tal situaciuón ante el desconocimiento efectuado por el demanante, teniendo en cuenta que el mismo no se encuentra suscrito por el señor ANDRES FELIPE RIOS VELÁSQUEZ.

Ahora bien, de la revisión del mismo se tiene que contiene la información general del contrato que suscribira la empeadora, y en el cual laboraba el accionante, estableciendo como fecha de inicio del proyecto el 18 de agosto de 2015 y de terminación el 18 de agosto de 2016; de igual manera, que el mismo tuvo una

prórroga de 5 meses entre el 19 de agosto de 2016 y el 31 de enero de 2017; además contiene el alcance del contrato y el presupuesto original como de la próroga; los lugares de ejecución y un comparativo entre el avance proyectado y el ejecutado a la fecha, lo cual se determina hasta el mes de diciembre de 2016, sin inculir un día en específico. Finalmente, el texto refiere:

"AVANCE PROYECTADO VS. EJECUTADO A LA FECHA

PROYECCIÓN MES											Noviembre	Diciembre
Item												
Total Venta Proyección	$85.304.350	1.008.479.554	462.928.558	622.669.152	581.762.458	622.120.028	537.887.357	607.054.284	$ 643.231.605	$ 624.328.922	727.856.905	727.856.905
Remuneraciones	277.639.089	274.174.897	233.758.787	288.760.813	305.420.125	320.297.343	370.913.779	359.777.627	$ 358.179.196	$ 341.666.648	366.369.460	364.874.642
Materiales	95.363.316	556.226.704	141.701.154	189.884.360	117.312.420	128.300.000	63.787.100	76.800.980	$ 80.000.000	$ 61.000.000	58.000.000	70.000.000
Transporte	29.847.050	53.604.369	3.792.808	77.209.893	52.650.000	52.650.000	43.554.433	38.148.852	$ 42.348.852	$ 42.348.487	44.948.852	44.948.852
Equipos	47.661.970	10.180.926	-19.460.377	27.954.996	28.685.113	29.572.311	32.391.426	31.814.387	$ 31.814.387	$ 33.021.251	33.314.387	33.314.387
Gastos Generales	161.904.163	50.053.485	94.243.018	35.834.872	75.975.784	113.060.774	89.515.468	107.794.179	$ 95.629.724	$ 117.097.075	109.841.481	109.841.481
Total Costos	612.415.588	944.240.381	454.035.385	619.643.933	580.043.442	637.880.429	600.122.206	614.336.024	607.972.159	595.093.461	612.374.180	622.679.362
Utilidad de Contrato ($)	-27.111.238	64.239.173	8.893.173	4.025.218	1.719.016	-15.760.400	-62.234.849	-7.281.741	35.259.447	29.235.461	115.482.725	104.977.543
Margen Bruto Proyección (%)	-4,68%	6,37%	1,92%	0,65%	0,30%	-2,53%	-11,57%	-1,20%	5,48%	4,68%	15,87%	14,42%

REAL MES											
Item											
Total Venta Real	585.304.350	1.008.479.554	462.928.558	569.477.303	509.001.275	576.168.507	539.201.402	605.066.011	798.862.169	674.323.922	
Remuneraciones	277.639.089	274.174.897	233.758.787	275.272.123	302.339.678	341.740.477	339.167.765	357.011.769	308.531.642	316.403.998	
Materiales	95.363.316	556.226.704	141.701.154	148.071.004	28.950.760	64.989.969	67.188.390	119.708.752	219.367.810	61.309.854	
Transporte	29.847.050	53.604.369	3.792.808	74.702.911	51.467.377	42.144.322	52.763.467	34.336.433	43.588.444	39.771.779	
Equipos	47.661.970	10.180.926	-19.460.377	-23.184.528	30.582.270	38.405.123	33.650.609	22.984.819	26.535.581	31.955.866	
Gastos Generales	161.904.163	50.053.485	94.243.018	89.606.589	92.758.788	129.088.563	123.083.997	120.473.393	122.231.653	92.798.750	
Total Costos	612.415.588	944.240.881	454.035.985	564.468.099	506.098.873	616.368.454	615.849.228	654.515.166	720.255.130	542.240.247	
Utilidad de Contrato ($) REAL	-27.111.238	64.239.173	8.893.173	5.009.204	2.902.402	-40.199.947	-76.647.826	-49.449.155	78.607.039	132.083.675	
Margen Bruto Real (%)	-4,6%	6,4%	1,9%	0,9%	0,6%	-7,0%	-14%	-8%	10%	20%	

"[…]

"*PROYECCIÓN ESTIPULADA PARA LA RENOVACIÓN*

"Teniendo en cuenta los costos que se tienen actualmente en el contrato y los ingresos que se contemplan de acuerdo a la capacidad operativa, continuación se presenta la proyección con su respectiva utilidad para los 5 meses que tendría la prórroga.

"Estos valores se modificarían de acuerdo al incremento que se presente para el año 2017.

RESUMEN DE PROYECCION AÑO 2017 - CONTRATO: PERDIDAS ESSA						
CONCEPTO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	total 2017
INGRESOS	$ 669.695.854	$ 715.294.847	$ 692.495.351	$ 692.495.351	$ 669.695.854	$ 3.439.677.257
EQUIPOS	$ 29.532.275	$ 29.532.275	$ 29.532.275	$ 29.532.275	$ 29.582.275	$ 147.661.375
GASTOS GENERALES	$ 72.762.097	$ 72.762.097	$ 72.762.097	$ 72.762.097	$ 72.762.097	$ 363.810.485
MATERIALES	$ 38.000.000	$ 38.000.000	$ 38.000.000	$ 38.000.000	$ 38.000.000	$ 190.000.000
REMUNERACIONES	$ 382.530.089	$ 382.530.089	$ 382.530.089	$ 382.530.089	$ 382.530.089	$ 1.912.650.445
TRANSPORTE	$ 50.463.011	$ 50.463.011	$ 50.463.011	$ 50.463.011	$ 50.463.011	$ 252.315.055
TOTAL COSTOS	$ 573.287.472	$ 573.287.472	$ 573.287.472	$ 573.287.472	$ 573.287.472	$ 2.866.437.361
UTILIDAD	$ 96.408.382	$ 142.007.375	$ 119.207.878	$ 119.207.878	$ 96.408.382	$ 573.239.895
MARGEN	14,4%	19,9%	17,2%	17,2%	14,4%	16,7%

En ese sentido, se estimó por la *a-quo* que la documental no era factible considerarla elaborada para el 15 de diciembre de 2016, en tanto su objetivo era establecer una proyección de una segunda prórroga a partir del mes de febrero de 2017. Sin embargo, tal consideración, a juicio de la Sala, no se advierte como concluyente, ello en tanto las proyecciones del folio octavo solo contiene información con corte a diciembre, por lo cual, no es dable establecer con certeza que su elaboración corresponda a una fecha posterior.

Pese a lo anterior, tal aspecto, esto es que la proyección se realice hasta el mes de diciembre, tampoco permite concluir que el accionante haya elaborado el informe, pues ni en la demanda ni en su reforma, aduce haber presentado el referido documento, sin que deba soslayarse que desconoció expresamente la autoría del referido documento. En igual sentido, refiere el recurrente que existen correos electrónicos que dan cuenta de la entrega del informe, no obstante, no se aporta correo alguno que acredite tal situación, en tanto los allegados al plenario, datan del 20 de enero de 2017, haciendo referencia aspectos relacionados con el pago de la liquidación final; así mismo el único correo que refiere a informes, refiere:

> *"El primer correo "INFORME REVISION SEPTIEMBRE SANTANDERES" confirma el conocimiento de la gerencia de operaciones para castigar de los ingresos 180 millones de pesos, principio de año que no se pudo facturar.*
>
> *"El segundo correo "REVISION CIERRE DE CONTABILIDAD JULIO SANTANDERES" presenta como se acordó con la gerencia de operaciones y contabilidad amortizar un costo de 1"*
>
> *"Adicional a lo anterior recuerdo que en uno de los meses del último trimestre 2016, se solicitó a Contabilidad disminuir de la provisión de ingresos del contrato perdidas ESSA 50 millc error (sic) de incrementar los ingresos en 50*

millones, en vez de restarlos. Arrojando un resultado no real en los ingresos del contrato de ese mes por 100 millones de pesos más de lo real de los 2 últimos meses del año, pues debimos castigar de los ingresos, los 100 millones de pesos del error cometido por contabilidad. Lo anteriores de conocimiento del área de cont (sic).

"Finalmente, según reporte verbal del coordinador del contrato (Juan José Castro) en el mes de diciembre se reportó el costo de 147 millones de pesos de material del contrato de la C mencionado indica correspondía al mes de noviembre, pero que omitió reportar en noviembre, manifestándome el hecho como un error involuntario. Lo anterior no tuve oportunidad de compañía en el mes de diciembre".

De tal manera, que no se advierte correo electrónico alguno que demuestre que el accionante haya elaborado y entregado el informe denominado "*INFORMACIÓN CONTRATO 3092 CONTROL PÉRDIDAS BUCARAMANGA".*

Finalmente, el testigo DAVID ALVAREZ, quien laboró hasta mayo de 2021 para la accionada, mencionó conocer al demandante y en lo atinente a la documental analizada, la cual le fue puesta de presente, refirió:

"[…] es un archivo que construyó Andrés sino estoy mal cuando nos entregó, cuando nos mostró en una reunión en Cúcuta el proyecto, es una presentación Power Point […] la presentó en Cúcuta a principios de diciembre o finales de noviembre, eso entiendo fue el mismo día en que se le mencionó al equipo de trabajo de Andrés que a parte de ese momento se debía reportar al gerente comercial José David Acosta." […] "es de Andrés o del equipo de Andrés"

Así las cosas, del referido testimonio tampoco es dable establecer que el actor haya elaborado el documento, en tanto refirió que el mismo corresponde a principios de noviembre o finales de noviembre, aunado a ello que señaló que el mismo es del actor o de su equipo de trabajo, sin lograr así formar el convencimiento de la Sala.

De tal manera, que le asistió razón a la *a-quo* al declarar probado el incidente de desconocimiento.

4.4 Indemnización por despido sin justa causa

Aduce la parte recurrente, que se pasó por alto que solo hasta la fecha de entrega del cargo la empresa se enteró del grave incumplimiento del contrato, configurándose las causales 2ª y 6ª de la citada disposición para darlo por terminado. Por ende, el despido sin justa causa está viciado por error ante la falta de conocimiento de la empresa del incumplimiento del accionante de sus funciones, configurándose así un vicio del consentimiento de la empleadora.

Sobre el particular, se debe referir que al plenario se aportó la misiva de despido sin justa causa por parte de la sociedad, la cual reza:

> *"Por medio de la presente nos permitimos comunicarle que la empresa CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S ha decidido dar por terminado unilateralmente sin justa causa el contrato de trabajo a término indefinido celebrado con usted el día once (11) de marzo de 2014, con fundamento en la facultad que le otorga el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 6 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002.*
>
> *"Esta determinación es efectiva a partir de la finalización del día treinta y uno (31) de diciembre de 2016.*

Así las cosas, es claro que fue la empleadora quien decidió dar por terminado de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo, regulando el parágrafo del artículo 62 del C.S.T.:

> *"PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.*

Así las cosas, la sociedad empleadora debía endilgar las justas causas que refiere se habían configurado para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, carga que no cumplió y por ende no es factible que, bajo el argumento de un vicio del consentimiento, se aleguen justas causas de manera posterior y contrariando el ordenamiento jurídico, que se reitera impone el deber de aducirlas al momento del despido.

En otro giro, debe advertirse que la empleadora aduce que la justa causa fue avizorada con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, sin embargo, tal situación en manera alguna implica que sea factible modificar la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, pues implicaría avalar una conducta expresamente prohibida por la ley, como se analizó en precedencia.

Finalmente, no existe prueba alguna que la empleadora haya suscrito el despido por un hecho atribuible al trabajador y que anulara su voluntad, siendo que tenía a su alcance verificar el cumplimiento de las obligaciones o el realizar auditorías previas, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

4.5 Demanda de reconvención:

Finalmente, debe señalarse que la parte demandante en reconvención, sustenta la pretensión de condenar al trabajador al pago de perjuicios, lo cual sustenta en que el trabajador no ajustaba los informes con información real, lo cual, de haberlo realizado en debida forma, la sociedad se habría enterado a tiempo que el proyecto generaba pérdidas cuantiosas, y habría adoptados medias para mejorar la rentabilidad.

Al respecto, debe referirse que procedió el desconocimiento del documento en el cual se sustenta una información errada, aunado a ello que, por activa en reconvención, en manera alguna se acreditó que en efecto las pérdidas económicas se deban a causas imputables a la labor del trabajador, hecho que debe estar plenamente demostrado con el fin de estimar el incumplimiento contractual.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de enero de 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **11 2022 00021 01**
Demandante:	FRANCISCO FIGUEROA NIEVES
Demandados:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA ALEJANDRA ALMANZA NÚÑEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.018.456.532 y T.P. 273.998 del C. S. de la Judicatura en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 26 de enero de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FRANCISCO FIGUEROA NIEVES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se condene a la encartada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 4 de octubre de 2014 y hasta la fecha en que se verifique su pago, ello con ocasión de la demora injustificada en el reconocimiento de la pensión de vejez desde el 4 de octubre de 2014 hasta el 30 de julio de 2020.

Asimismo, se condene a pagar las sumas adeudadas de forma actualizada, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que mediante Resolución SUB 186026 del 12 de julio de 2018, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de vejez, lo que conllevó a que fuese interpuesto recurso de reposición y subsidiariamente de apelación.

Que con ocasión de lo anterior, la encartada a través de las Resoluciones SUB 279316 del 25 de octubre 2018 y DIR 19542 del 6 de noviembre de 2018, en sede de reposición y apelación respectivamente, confirmó en su integridad el acto administrativo recurrido.

Seguidamente, adujo que en Resolución SUB 121398 del 4 de junio 2020, COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez en los términos de que trata la Ley 71 de 1988, por ser beneficiario del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, prestación que le fue otorgada a partir del 4 de octubre 2014 en cuantía inicial de $818.185 y la generación de un retroactivo por valor de $69.246.401.

Que a presar de ello, la demandada no realizó el correspondiente pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 como

consecuencia de la demora injustificada en el reconocimiento de la pensión, por lo que el 6 de agosto de 2021 radicó ante COLPENSIONES derecho de petición solicitando el pago de los mismos, sin obtener respuesta alguna hasta la fecha de presentación de esta acción.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que de conformidad con los lineamientos establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias C-601 de 2001 y SU-065 de 2018, en el caso del actor no se incurrió en retardo injustificado alguno al momento de otorgarle el reconocimiento pensional por cuanto para ser beneficiario del mismo fue necesario que se diera aplicabilidad a lo dispuesto en el Decreto 1513 de 1998, y adelantara las gestiones normativas pertinentes para acreditar la totalidad de semanas cotizadas al sector público, lo que permitió el otorgamiento de su prestación pensional previo requerimiento a las entidades que percibieron las cotizaciones para que las destinaran con el fin de financiar su pensión de vejez, pagando las cuotas parte correspondientes tal como se observa en la Resolución SUB 121398 del 4 de junio de 2020.

Que de no haberse llevado a cabo dicha situación, el actor no hubiese causado su derecho pensional.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de la indexación, aplicación de la sentencia C-1024 de 2004 y T-588 de 2003 para la contabilización del término de reconocimiento y pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, pago y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de enero de 2023, declaró que el demandante señor FRANCISCO FIGUEROA NIEVES tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca, liquide y pague los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el importe de las mesadas que le fueron reconocidas en la Resolución SUE 121398 del 4 de junio de 2020, intereses que deberán ser liquidados a partir del 25 de septiembre de 2018 y hasta la fecha que se haga efectiva la cancelación del retroactivo pensional.

Por consiguiente, condenó a la encartada al pago de los intereses moratorios, junto con el pago de costas procesales en un 7% sobre el valor que se genere de dichos intereses.

Para arribar a dicha conclusión, indicó primeramente que en tratándose de los intereses moratorios respecto de aquellas pensiones que se condenen bajo normas al tenor del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la sentencia SU-065 de 2018, la cual predica que este tipo de intereses tienen aplicación sin distinción del régimen jurídico con el que se reconoce la prestación como quiera que el legislador solo estableció un precepto que gravita al momento en que se produce la mora, señalándose como punto de partida para ello el 1º de enero de 1994, indicándose a su vez que en caso de la mora sobre las pensiones que refiere la ley, esto es, las de jubilación, vejez, invalidez o la sustitución por causa de muerte, el pensionado afectado tendrá derecho a la cancelación de su mesada y sobre el importe de ella a la tasa máxima de interés moratorio vigente.

Lo anterior, con el sustento de que las entidades de seguridad social están llamadas a indemnizar a los pensionados por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas que se les adeuda en los términos del artículo

53 de la Carta Política, siendo el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 el desarrollo de la norma constitucional.

Que la anterior posición también ha sido acogida en la actualidad por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinando que las pensiones son prestaciones del sistema y por tanto sobre las mesadas en mora se generan los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ello con la finalidad de resarcir los perjuicios que el incumplimiento hubiera generado.

En tal sentido, descendiendo al asunto del demandante expuso ser procedente el análisis de viabilidad de los intereses moratorios al habérsele reconocida una pensión de jubilación bajo la égida de la Ley 71 de 1988.

Seguidamente, arguyó que el demandante solicitó su pensión de vejez el 24 de abril de 2018, misma que le fue negada por parte de COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 186026 del 12 de julio de 2018 con el argumento de que el actor no acreditaba el tiempo para acceder a la prestación, de allí que se debían llevar a cabo gestiones a distintas entidades donde el demandante laboró con la finalidad de consolidar los bonos pensionales o cuotas partes para establecer a ciencia cierta los tiempos servidos por éste.

Que debido a dicha resolución, fue por lo que el actor interpuso recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones SUB 279316 del 25 de octubre 2018 y DIR 19542 del 6 de noviembre de 2018 que confirmaron la negativa de la prestación; sin embargo, a razón del cumplimiento de una sentencia de tutela la encartada nuevamente procedió a estudiar el reconocimiento del derecho, para lo cual incluyó unos tiempos que le fueron ordenados, lo que conllevó a que fuese emitida la Resolución SUB 121398 del 4 de junio 2020 otorgando el derecho pensional a partir del 4 de octubre de 2014.

Al unísono, expuso que si bien la encartada probó en juicio haber desplegado una serie de actuaciones tendientes a efectivizar el derecho pensional del demandante, tal situación es justificable en parte, ello en razón a que de conformidad con lo establecido en el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, la espera de la confirmación necesaria para la completitud de los aportes pensionales del actor no podía extenderse más allá de un mes, por lo que, al no haberse realizado en dicho interregno, podría presumirse como ciertos los tiempos acreditados por el afiliado para que se hubiese pronunciado de fondo acerca de la prestación.

De otro lado, expuso que inclusive teniendo en cuenta lo preceptuado por la misma COLPENSIONES dentro de la Circular interna No. 8 de 2014, numeral 4.3., el contenido del artículo 48 del Decreto 1748 de 1995 era plenamente conocido por la entidad.

Por tal razón, concluyó que, dado que el demandante señor FRANCISCO FIGUEROA NIEVES el 24 de abril de 2018 allegó a COLPENSIONES los certificados CLEBP, el plazo para solicitar la confirmación de esas certificaciones vencía el 24 de mayo de 2018, y a partir de allí la entidad contaba con 4 meses para proferir el reconocimiento de la prestación, máxime si desde el año 2009 ya contaba con el número de semanas mínimas para acceder a la pensión; circunstancia por la cual, resultaba procedente el pago de los intereses moratorios a partir del 25 de septiembre de 2018.

En lo que atañe a la excepción de prescripción, dispuso que la misma no goza de prosperidad como quiera que no operó el término trienal para su procedencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que fue expedido el acto administrativo el 4 de junio de 2020 donde se reconoció en favor del demandante una pensión de vejez al haber acreditado

los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988, ya que el estatus de pensionado lo ostentó a partir del 19 de septiembre de 2019, pero solo hasta el 4 de octubre de 2014 cumplió los requisitos contemplados en el sistema general de pensiones.

Además, el demandante dentro de los fundamentos fácticos esbozados en la demanda no hizo mención que al momento de elevar solicitud pensional no contaba con la totalidad de las cotizaciones necesarias, aspecto por el cual se tuvo que elevar múltiples solicitudes en los años 2017, 2018, 2019 y 2020 con destino a las entidades públicas donde había realizado cotizaciones, ello en los términos del Decreto 1513 de 1998, pues esa normatividad obliga a la verificación de la información de los formatos CLEBP.

Que lo anterior conllevó que fuese hasta el año 2020 que se confirmara sobre los periodos realmente laborados por el demandante y efectivamente cotizados al sector público, situaciones todas por las que no existió ninguna mora y, en tal sentido, la improcedencia del pago de los intereses moratorios perseguidos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si es procedente el reconocimiento y pago por parte de COLPENSIONES de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Previo a desatar el problema jurídico expuesto en precedencia, es menester que la Sala puntualice los siguientes aspectos:

(i) Que con ocasión de una solicitud pensional que elevara el aquí demandante señor FRANCISCO FIGUEROA NIEVES a COLPENSIONES, la entidad profirió la Resolución SUB 186026 del 12 de julio de 2018, a través de la cual negó la prestación.

A dicha conclusión arribó con el argumento que el actor había laborado en entidades del sector público, de allí que fuese menester solicitar información de manera directa en la medida que los formatos CLEBP allegados por el propio actor presentaban inconsistencias (Fls. 38 a 45 – PDF 09 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(ii) Que el demandante interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación frente al anterior acto administrativo, decisión que fue confirmada por la entidad a través de las Resoluciones SUB 279316 del 25 de octubre de 2018 y DIR 19542 del 6 de noviembre de 2018 respectivamente (Fls. 54 a 65 y 66 a 74 – PDF 09 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(iii) Que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 121398 del 4 de junio de 2020 reconoció pensión de jubilación al demandante por ostentar con los requisitos dispuestos en la Ley 71 de 1988, prestación que fue otorgada a partir del 4 de octubre de 2014 en cuantía inicial de $818.185, junto con un pago a razón de retroactivo en la suma de $69.246.401 (Fls. 14 a 19 – PDF 01 DEMANDA).

d. De los intereses moratorios estatuidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Vale la pena advertir en primer lugar que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

> *"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:*
>
> *El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:*
>
> *A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.*
>
> *Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).*
>
> *En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.*
>
> *Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."*

Posición que se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo regulan diferentes decisiones, entre ellas, la SL1461-2022, Radicación No. 82259 del 4 de mayo de 2022, SL1427-2022, Radicación No. 91371 del 4 de mayo de 2022, SL1416-2022, SL1416-2022, Radicación No. 83606 del 4 de mayo de 2022, entre otras.

Además, como lo asentó el fallador de instancia, los intereses moratorios gozan de prosperidad inclusive para aquellas pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, posición que también viene manteniendo el órgano de cierre en la actualidad.

Así las cosas, de entrada, advierte la Sala que la decisión de condena proferida por el fallador de instancia habrá de confirmarse. Nótese que la situación de queja por el demandante para la procedencia de los intereses moratorios dispuesta en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se basó en que existió una mora en la concesión del derecho pensional, a lo cual la encartada se opone con el argumento de que el actor presentaba inconsistencia en la acreditación de las cotizaciones realizadas como dependiente en el sector público, lo que conllevó a que fuese necesario realizar una serie de tramitologías administrativas de carácter urgente en aras de auscultar los verdaderos tiempos laborados por el actor, actuación que se encuentra respaldada en virtud de los preceptos de que trata el Decreto 1748 de 1995.

En tal sentido, analizado el caudal probatorio que reposa dentro del plenario, especialmente el expediente administrativo, si bien yace plena prueba de que COLPENSIONES con posterioridad a la negativa de la prestación del actor que efectuara mediante las Resoluciones SUB 186026 del 12 de julio de 2018, SUB 279316 del 25 de octubre de 2018 y DIR 19542 del 6 de noviembre de 2018, llevó a cabo gestiones administrativas dirigidas a la obtención de los formatos CLEBP, más exactamente entre los años 2018 y 2020, lo cierto es que no justifican la mora en la tardanza del reconocimiento de la prestación.

Al unísono, no puede perderse de vista que el argumento de exoneración de los réditos aquí alegados, versa a la facultad con que contaba la entidad según lo contemplado en el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998 *"Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se*

reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos ***115****, siguientes y concordantes de la Ley* ***100*** *de 1993.”*, el cual establece:

> ***Artículo 20.*** *El artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, quedará así:*
>
> *"Artículo 48. Entidades Administradoras*
>
> *a) El ISS respecto de los bonos tipo B;*
>
> *b) La AFP a la cual esté afiliado el trabajador, respecto a los bonos tipo A, y;*
>
> *c) Las compañías de seguros, en el caso de los planes alternativos de pensiones.*
>
> *Corresponde a las entidades administradoras adelantar por cuenta del afiliado, pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redención. Las administradoras estarán obligadas a verificar las certificaciones que expidan las entidades empleadoras o cajas, de tal manera que cuando sean recibidas por el emisor, sólo sea necesario proceder a la liquidación provisional del bono y a la solicitud de reconocimiento de las cuotas partes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.*
>
> *Así mismo, el afiliado también podrá solicitar directamente las certificaciones, las cuales deberán ser previamente verificadas por la administradora.*
>
> *Las entidades administradoras quedan eximidas de allegar certificaciones, y el empleador de suministrarlas individualmente, cuando el bono vaya a ser calculado por la OBP, siempre que la información esté incluida en el último archivo laboral masivo que se haya entregado a esta oficina, salvo cuando el trabajador solicite expresamente una certificación individual más amplia.*
>
> *Las entidades empleadoras deberán establecer un procedimiento interno de emisión de certificaciones que permita su verificación y garantice su seguridad. El procedimiento deberá contener al menos los siguientes aspectos:*
>
> *a) La entidad deberá numerar las certificaciones expedidas;*
>
> *b) Las certificaciones expedidas deberán registrarse en un archivo interno de la entidad;*

c) El representante legal de la entidad deberá designar, bajo su responsabilidad, un funcionario competente para la emisión de certificaciones. Así mismo, los destinatarios de la información podrán solicitar al representante legal el nombre y documento de identidad de los funcionarios que hubieran estado facultados para expedir las certificaciones ya recibidas.
Las Administradoras deberán mantener en sus archivos, utilizando los medios idóneos que garanticen su conservación, las diferentes certificaciones que sirvieron de base para las solicitudes de bono pensional que realizaron a los emisores. El emisor podrá solicitarlas en cualquier momento. Dichos documentos deberán conservarse por lo menos durante veinte (20) años contados a partir de la expedición del bono pensional."

Parágrafo. Dentro del plazo establecido para la liquidación provisional y expedición del bono, el emisor podrá, si lo considera conveniente, solicitar directamente a los empleadores la confirmación de información o recibir directamente certificaciones. En caso de que no reciba la confirmación certificada en el término de un (1) mes, se entenderá que la información anteriormente certificada es correcta. *(Subrayado por la Sala)"*

Palmario resulta entonces que, conforme a la misma defensa aludida por COLPENSIONES, inclusive expuesta desde el primer acto administrativo que negó la prestación, esto es, la Resolución SUB 186026 del 12 de julio de 2018, se argumentó la necesidad de verificación detallada sobre los verdaderos tiempos laborados en el sector público.

Es por ello que, conforme dan cuenta las resoluciones de la negativa pensional ya referidas, en todas se precisa que era menester comprobar los tiempos acreditados por el demandante en su momento, pues en su sentir presentaban ciertas inconsistencias, pero desechando la condicionalidad del precepto normativo dispuesto en el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, que no es más que ante la falta de respuesta podía dársele la validez necesaria, aspecto que COLPENSIONES desconoció en su momento.

Por tal razón, resulta incomprensible que desde la fecha de solicitud de la prestación que lo fue en el 2018 y la calenda del reconocimiento que fue el 2020 hubiesen transcurrido más de dos años sin que la encartada se hubiese pronunciado al respecto; tan es así que la Resolución SUB 121398 del 4 de

junio de 2020 que reconoció el derecho pensional, da cuenta que a través de una acción constitucional de tutela fallada el 18 de febrero de 2019 también se le obligó a COLPENSIONES a efectuar pronunciamiento de fondo acerca de la prestación., situaciones todas por las que no resulta atendible la exoneración de estos rubros para con la encartada.

Ahora, se aprecia que el fallador de instancia dispuso que el pago de los intereses moratorios se efectuaran a partir del 25 de septiembre de 2018, aspecto que atendiendo los 4 meses que dispone la norma para su reconocimiento son erróneos, ya que al haberse presentado la solicitud de reconocimiento pensional el 24 de abril de 2018, el pago debió imputarse desde el 25 de agosto de 2018; no obstante, al estudiarse el asunto de marras en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, ese aspecto se mantendrá incólume.

Por último, en lo que respecta a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, de conformidad con lo estatuido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., la misma no goza de prosperidad toda vez que, la primera solicitud de reconocimiento pensional fue elevada el 24 de abril de 2018, de allí que la entidad mediante Resolución SUB 186026 del 12 de julio de 2018 negara el derecho pensional, a lo cual el actor interpuso recursos de reposición y apelación que condujeron a que fuese suspendido el término de prescripción hasta que fueron resueltos a través de las Resoluciones SUB 279316 del 25 de octubre de 2018 y DIR 19542 del 6 de noviembre de 2018, último acto administrativo que le fuese notificado de manera personal el 15 de noviembre de 2018; posteriormente, se presentó demanda el 20 de enero de 2022 según se advierte del acta individual de reparto, notificándose la acción dentro del año siguiente, más exactamente el 8 de agosto de 2022; circunstancia por la cual, no operó el término trienal prescriptivo (Fls. 14 a 19 – PDF 01 DEMANDA, PDF 03 – ACTA DE REPARTO, fls. 45 a 74 – PDF 09 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO y PDF 07 – CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN).

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por cuanto el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 y a favor del demandante, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **15 2022 00360 01**
Demandante:	SUSANA YANETH DIAZ CAMARGO
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 6 de julio de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SUSANA YANETH DIAZ CAMARGO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., junto con los demás traslados que haya realizado de manera horizontal por falta al deber de información, asimismo, se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en su cuenta de ahorro individual y que hayan sido descontadas con motivo de su afiliación a ese fondo, tales como, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra, reciba las sumas anteriormente descritas, actualice y corrija su historia laboral y la ponga a su disposición, y condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 22 de enero de 1967, y que estuvo afiliada al I.S.S. hoy COLPENSIONES desde el inicio de su vida laboral, efectuando cotizaciones a través de varias empresas, agregando que posteriormente firmó un formulario de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PROTECCIÓN el 3 de septiembre de 2002, sin que ese fondo le suministrara información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión, dado que no le explicó de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y los requisitos para acceder a las contingencias de vejez, invalidez o muerte.

Enfatizando que tampoco fue informada de la prohibición de traslado antes de estar a diez años de alcanzar la edad de pensión, ni se le realizó una proyección de su mesada, precisando que actualmente se encuentra afiliada en PROTECCIÓN S.A. (archivo 01 y 05)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que se atenía a lo que resultara probado en el trámite procesal, más si se tiene en cuenta que la demandante está válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Formuló los medios exceptivos de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (archivo 08)

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en el *petitum*, sosteniendo que al momento de la vinculación de la demandante a ese fondo de pensiones, le brindó una asesoría adecuada, técnica, correcta, clara y suficiente sobre todos los aspectos relevantes del régimen de ahorro individual, sus características, requisitos y la forma de acceder la pensión en el mismo, igualmente le explicó de las diferencias con el régimen de prima media, impartiendo a la actora todos los conocimientos necesarios para que su decisión de vincularse a esa administradora y al régimen que administra se diera de manera libre, consciente e informada, tal y como se observa en el formulario que suscribió.

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, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la de 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. (archivo 07)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de julio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora SUSANA YANETH DIAZ CAMARGO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP PROTECCIÓN el día 18 de septiembre del año 2002 y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a dicha AFP PROTECCIÓN donde actualmente se encuentra afiliada la demandante traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los aportes, rendimientos, gastos administrativos previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones que haya descontado, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos que se hubieren producido con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera*

trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la AFP PROTECCIÓN para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente. SIN COSTAS a favor o en contra de COLPENSIONES.

TERCERO: DECLARAR como no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas y si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta."

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que en el plenario estaba acreditado que la actora estuvo afiliada en el ISS y que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. A continuación, trajo a colación los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2014 el asunto como el presente debe analizarse a la luz de la ineficacia del traslado y no de nulidad.

Asimismo, indicó que atendiendo los postulados jurisprudenciales, que el deber de información existe desde el nacimiento de los fondos de pensiones, en tres etapas diferentes y que le atañe a las AFP demostrar que al momento de la suscripción del formulario de la afiliación, hubiese suministrado una asesoría sobre las ventajas y desventajas entre cada uno de los regímenes pensionales, situación que no logró ser probada por PROTECCIÓN S.A. al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P., pues el simple formulario de afiliación no suple dicha situación, máxime si se tiene en cuenta que la demandante en el interrogatorio de parte rendido nada advirtió sobre una asesoría ajustada a derecho conforme lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Absolvió por concepto de seguros previsionales, ya que se tratan de unos recursos destinados a unos terceros cuya finalidad es proteger a los afiliados, recursos que son recibidos por una aseguradora o tercero de buena fe. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las encartadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, expuso en la alzada que las normas vigentes al momento del traslado de régimen pensional de la gestora tenían como única exigencia la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse lo cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, situación que en el caso de marras se acreditó a plenitud, es decir, que se cumplió con la carga de la prueba que se impone a los fondos. Calenda para la cual aún no estaban vigentes la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de los fondos de pensiones de suministrar asesoría a sus afiliados.

De otro lado, adujo que con la declaratoria de ineficacia se afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 del 2005, situación que confirma la razón de ser del artículo 2 de la Ley 797 del 2003, que refiere a la prohibición expresa de traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, prohibición que busca proteger el fondo común que administra esa entidad, lo que por demás se sustenta con las sentencias sentencia 1024 de 2004 y SU 062 de 2010, por lo que no es posible que la actora después de haber permanecido más de veinte años en el fondo privado pretenda beneficiarse de las cotizaciones de los afiliados a ese régimen.

Solicita que en caso de que confirmarse la decisión de instancia, se mantengan las condenas impuestas, entre ellas lo relativo a los seguros previsionales, cuotas de administración y los aportes de la cuenta individual y se condicione el cumplimiento de la sentencia de su parte al traslado de todos los emolumentos. Bajo tales consideraciones solicita se revoque la sentencia objeto de censura.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga

reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 [...] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario que suscribiera la demandante con la AFP PROTECCIÓN S.A. de fecha 3 de septiembre de 2002, vinculación que se hizo efectiva el 1º de noviembre de 2002, según el reporte SIAFP (f. 52 y 78 archivo 07). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otro lado, la demandante SUSANA YANETH DIAZ CAMARGO en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que en septiembre de 2002 al diligenciar la documentación para ingresar a laborar al COLEGIO ANGLOCOLOMBIANO le fue entregado el formulario de afiliación a PROTECCIÓN, por parte del asesor quien le dijo que el ISS desaparecería y que le podían ofrecer un acompañamiento y que podía retirar el dinero si se quedaba sin trabajo. Que hace dos años fue al fondo y le dijeron que se iba a pensionar con un salario mínimo, lo cual no le parecía porque su salario es superior al mínimo, por lo que le dijeron que podía demandar. Refirió que el asesor le dijo que sus aportes iban a pasar a esa administradora.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba

que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2002, una *"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*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado de la gestora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión. Por lo tanto, se adicionará la sentencia en este sentido y se ordenará a PORVENIR S.A. devolver los gastos de administración que haya percibido con ocasión de la afiliación de la demandante.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida*

laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la*

exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Adicionalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que además de las sumas ordenadas en la sentencia de instancia, el fondo privado que fue convocado a juicio debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales, concepto que junto con los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados al momento de su pago.

Igualmente, habrá de modificarse la sentencia de instancia, en el sentido de precisar que la afiliación por medio de la cual se surtió el traslado de régimen de la actora y que se declara ineficaz se dio el 3 de septiembre de 2002 y no el día 18 de ese mes y año como lo dijo el fallador de instancia, por ende, se modificará y adicionará el numeral primero de la sentencia de primer grado en tal sentido, en lo demás habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente**.**

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MOIDIFICAR Y ADICIONAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que la afiliación por medio de la cual se surtió el traslado de régimen de la actora y que se declara ineficaz, se dio el día 3 de septiembre de 2002 y no el día 18 de ese mes y año.

Igualmente, se condena a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de las sumas ordenadas en la sentencia de instancia, las primas de seguros previsionales, concepto que junto con los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados al momento de su pago, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la parte

actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **18 2016 00733 03**
Demandante:	DORA CONSUELO RUIZ PINEDA
Demandado:	FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA FUNDASALUD
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2022 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DORA CONSUELO RUIZ PINEDA formuló demanda ordinaria laboral, en contra de la FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA FUNDASALUD, a fin que se declare que entre las partes existe y se encuentra vigente un contrato de trabajo que inició el 25 de julio de 2012; mismo que el 20 de abril de 2016 la empleadora

dio por terminado unilateralmente y sin justa causa, pese a que la trabajadora se encontraba amparada por el fuero circunstancial.

En consecuencia, depreca que se condene a la demandada a restituir a la demandante en el puesto de trabajo o a uno de igual categoría, con el correspondiente pago de salarios, con los incrementos legales, convencionales o arbitrales, prestaciones sociales legales y extralegales, cotizaciones con destino al sistema integral de seguridad social, la indemnización moratoria y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que labora al servicio de la sociedad demandad desde el 25 de julio de 2012, desempeñándose como Auxiliar de Enfermería y devengando un salario de $899.733; que el 8 de abril de 2016 se afilió al Sindicato de Primer Grado y de Industria denominado ASOCIACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES DE HOSPITALES Y CLÍNICAS DE COLOMBIA "ANTHOC", lo cual fue notificado a la empleadora el 19 de abril de 2016.

Que el 19 de abril de 2016, el Sindicato radicó pliego de peticiones a la empleadora, pese a lo cual se dio por terminado el contrato de trabajo el 20 de abril de 2016, data para la cual gozaba de fuero circunstancial.

Que interpuso acción de tutela, la cual fue denegada en primera instancia, sentencia que fue revocada y en su lugar se ampararon sus derechos fundamentales por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá, ordenando de

manera transitoria su reintegro; finalmente, narra que la empleadora consignó las cesantías del año 2015, solo hasta el 25 de noviembre de 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA FUNDASALUD dentro del término legalmente concedido contestó la demanda, señalando ser ciertos los hechos de la demanda atinentes al contrato de trabajo; así mismo que no es cierto que el contrato de mantenga vigente, en tanto resulta material y jurídicamente imposible reintegrarla por la clausura del establecimiento. Así las cosas, existe una carencia actual del objeto de la acción de tutela que amparó transitoriamente los derechos fundamentales, en tanto existe un daño consumado al no ser posible el reintegro, más aún cuando la accionante no instauró el proceso ordinario dentro de los cuatro meses siguientes.

Finalmente, que no resulta procedente la garantía del fuero circunstancial, por cuanto el contrato de trabajo finiquitó por justa causa imputable a la trabajadora, y que una vez la accionada entró en liquidación fue sustituida por el nuevo prestador BIENESTAR IPS, para la cual la accionante continuó prestando el servicio y fue en donde adoptaron la decisión de la terminación.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó carencia actual de objeto, carencia actual del objeto por daño consumado frente a la imposibilidad de reintegro de la señora DORA CONSUELO RUIZ PINEDA, buena fe, compensación, sustitución patronal, falta de legitimación en la causa por activa,

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de mayo de 2022, declaró la existencia del contrato de trabajo desde el 25 de julio de 2012 hasta el 18 de enero de 2017, fecha para la cual la trabajadora gozaba del fuero circunstancial, por lo cual la demandada debía haber mantenido el reintegro en el cargo de auxiliar de enfermería hasta el 10 de agosto de 2018, fecha en la cual fue decidido por el Tribunal Obligatorio, el conflicto colectivo de trabajo. En consecuencia, condenó a la accionada al pago indexado, entre el 18 de enero de 2017 al 10 de agosto de 2018, de $15.348.616 por salarios, $1.276.723,82 por cesantías, $124.902,93 por intereses a las cesantías, $638.361,91 por vacaciones, $1.276.723,82 por prima de servicios, $4.887.896 por indemnización por no consignación de cesantías y aportes en seguridad social en pensiones, autorizando a la demandada a descontar la suma de $3.750.000 cancelada el 30 de octubre de 2018.

Para tal efecto el *a-quo* señaló que no existe discusión de la existencia del contrato de trabajo, así mismo que la trabajadora fue reintegrada al cargo el 9 de septiembre de 2016, en cumplimiento del fallo de tutela, y que posteriormente, esto es, el 18 de enero de 2017 se dio por terminado el contrato de trabajo. En lo atinente al fuero circunstancial refirió que se acreditó la afiliación de la trabajadora a la organización sindical ANTHOC, tal como lo acredita la certificación aportada al plenario; de otra parte, se allegó el pliego de peticiones del 19 de abril de 2016 así como la terminación del contrato de trabajo el 20 de abril de 2016 y el Laudo arbitral del 10 de agosto de 2018, mediante el cual se desató el conflicto

colectivo. Así mismo, que el 18 de enero de 2017 se dio terminado nuevamente el contrato de trabajo.

De tal manera, que el pliego de peticiones se radicó con anterioridad al despido y, por ende, era beneficiaria del fuero circunstancial, siendo la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo no circunscrita a las justas causas de que trata el C.S.T., en tanto se fundamentó en haber ingresado la empleadora en proceso de liquidación. Así las cosas, condenó al reintegro, limitado hasta el 10 de agosto de 2018, cuando se dirimió el conflicto colectivo.

Respecto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., refirió que por pasiva se acreditó la situación financiera de la empleadora, encontrándose en proceso de liquidación, por lo cual absolvió de tal pretensión. Así mismo, que no resultaba procedente la condena por perjuicios materiales al no haber sido deprecados ni probados. Finalmente, estimó parcialmente probada la excepción de compensación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación. Sustentó la misma en lo atinente a la absolución de la indemnización moratoria. Ello en tanto se acreditaron actuaciones de discriminación en contra de la actora, al no haberse mantenido la vinculación hasta que finalizara la actividad u objeto social de la accionada, y por tanto no se desvirtuó la mala fe patronal.

La parte demandada sustenta la alzada en que no era material y jurídicamente viable el haber mantenido el contrato con posterioridad al 18 de enero de 2017, en tanto operó una terminación por razones objetivas ante la entrada en liquidación de la entidad, existiendo motivos técnicos que obligaban a culminar la relación laboral, lo cual no permite amparar el fuero circunstancial, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia 3344-2020, del 26 de agosto de 2020, acotando finalmente, que la liquidación es un indicio de buena fe en lo que respecta a la indemnización moratoria.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si la accionante es beneficiaria del fuero circunstancial, y si resultaba procedente el reintegro dispuesto en primera instancia. De otra parte, si se debe condenar a la accionada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

4.3 Contrato de trabajo:

Es menester acotar inicialmente, que no fue objeto de reparo la existencia del contrato de trabajo entre la señora DORA CONSUELO RUIZ PINEDA y la FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA FUNDASALUD, el cual tiene como extremo inicial el 25 de julio de 2012; así mismo que en un primer momento, el mismo se dio por terminado mediante misiva del 20 de abril de 2016, y que en cumplimiento a un fallo de tutela fue reintegrada sin solución de continuidad el 9 de septiembre de 2016, y que finalmente el contrato de trabajo se dio por terminado el 18 de enero de 2017. Loa anterior, además se corrobora del contrato de trabajo aportado al plenario (Fls. 19 a 22 archivo FOLIO 1 A 856.pdf), así como el fallo de tutela proferido el 9 de septiembre de 2016 por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá (Fls. 34 a 43 archivo FOLIO 1 A 856.pdf).

4.4 Fuero circunstancial:

Respecto de la garantía del fuero circunstancial, se tiene que tal figura jurídica se encuentra regulada en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que a la letra reza:

> *"ARTICULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto".*

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3344-2020, Radicación No. 82156 del 26 de agosto de 2020, hizo un análisis del fuero circunstancial, exponiendo lo siguiente:

"Desde un punto de vista teleológico, el fuero circunstancial es la garantía de que gozan los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a no ser despedidos con ocasión de un procedimiento de negociación colectiva. Su finalidad es la protección de los trabajadores frente a represalias antinsindicales orientadas a lesionar el derecho a la negociación colectiva en el ámbito empresarial. De esta forma, el fuero circunstancial es una medida legal encaminada a hacer real el principio derivado del Convenio No. 98, según el cual ninguna persona debe ser objeto de discriminación o perjudicada «en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales» (art. 1.º).

"Con fundamento en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el fuero circunstancial es esencial para la protección del derecho de sindicación y la libertad sindical, en la medida que «evita que los afiliados a un sindicato sean despedidos selectivamente con ocasión de un conflicto colectivo y, por esa vía, se diluya el movimiento sindical. Por otro lado, les permite a los trabajadores plantear reivindicaciones laborales sin temor a ser despedidos. En tal sentido, el fuero circunstancial sienta las bases para que los interlocutores sociales entablen diálogos constructivos frente a las condiciones laborales y de empleo en la empresa, sin temor a represalias» (CSJ SL3317-2019).

"En definitiva, el fuero circunstancial busca disuadir al empresario de adoptar represalias contra los trabajadores inmersos en un procedimiento de negociación colectiva, a la vez que garantiza a estos su derecho a la negociación voluntaria, libre y emancipada del temor a la pérdida del empleo".

En resumidas cuentas, la esencia del fuero circunstancial es que se otorgue la estabilidad al empleo de aquellos trabajadores mientras exista un proceso de negociación colectiva en curso, como quiera que este resguardo incluso es óbice de amparo en pacto internacionales como lo es el Convenio 98.

En igual sentido, esa Corporación en sentencia SL1957-2023, Radicación No. 83796 del 15 de agosto de 2023, refirió:

> *"También la Corte ha dejado adoctrinado que, conforme a la interpretación del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, la sola presentación del pliego de peticiones al empleador no perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues existen eventos en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el incumplimiento de las etapas propias de la solución del mismo; o cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo, tal como se aludió, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 11 dic. 2002, rad.19170; CSJ SL, 16 mar. 2005, rad. 23843; CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 29822; CSJ SL6732-2015; CSJ SL14066-2016 y CSJ SL16788-2017, en esta última se manifestó:*
>
> *"[...]*
>
> *"Dicho en otras palabras, el incumplimiento de los trámites y plazos que reglamentan las etapas previas al nacimiento y desarrollo de un conflicto colectivo de trabajo, afectan su validez y, por ende, los efectos jurídicos que de él se derivan, como es el caso del fuero circunstancial, se mantiene únicamente «durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto» conforme se indicó en la referida decisión CSJ SL, 11 dic. 2002, rad. 19170, de modo que, «sólo el conflicto colectivo de trabajo que se halle vigente y sea desarrollado con plena sujeción a los distintos trámites y términos prescritos en la ley tiene la virtud de generar a favor de los trabajadores la protección contra los despidos injustos, conocida en la doctrina como fuero circunstancial».*
>
> *"No obstante lo anterior, es de destacar que tal criterio fue precisado en la sentencia CSJ SL6732-2015, en el sentido de que pueden existir eventos en que sea dable justificar la prolongación del conflicto, según la etapa de que se trate y, por consiguiente, se hace necesario analizar la situación fáctica de cada caso, lo que se traduce en que el simple paso del tiempo no implica inexorablemente el decaimiento del conflicto y, por tanto, la extinción de la protección foral, ya que puede suceder que existan razones válidas para que luego de un tiempo se solucione por alguno de los mecanismos permitidos por la ley.*

Una vez determinado lo anterior, del análisis de las pruebas arrimadas al proceso, se evidencia que se aportó el certificado expedido por el Presidente de la ASOCIACIÓN NACIONAL SINDICAL DE TRABAJADORES Y SERVIDORES PÚBLICOS DE LA SALUD, SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE COLOMBIA "ANTHOC", a la cual se adjuntó la notificación del 18 de abril de 2016, mediante la cual se informó que la accionante se afilió a la organización sindical, y que tal decisión fue aprobada en sesión de Junta Directiva Nacional de los días 14 y 15 de abril de 2016 (Fl. 195 archivo FOLIO 1 A 856.pdf). De igual manera se aportó la presentación del pliego de petición de la organización sindical ANTHOC a la empleadora accionada, la cual data del 18 de abril de 2016 (Fls. 47 a 55 archivo FOLIO 1 A 856.pdf).

Así las cosas, se tiene que, para la fecha del primer despido, esto es, el 20 de abril de 2016, la accionante se encontraba amparada por el fuero circunstancial, en tanto el Sindicato había radicado el pliego de peticiones, dando inicio así al Conflicto Colectivo. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1957-2023, Radicación No. 83796 del 15 de agosto de 2023, refirió:

> *"Sobre el particular, la Constitución Política (artículo 55); los instrumentos internacionales (Convenio 154 OIT), y los artículos 432 a 436 CST, promueven la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores como un mecanismo para la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo y empleo, y la reivindicación de los derechos de los trabajadores.*
>
> *"En esa perspectiva, al presuponer la esfera de la negociación colectiva una contraposición de intereses al interior de las relaciones del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular de manera expresa, clara y detallada el trámite que deben cumplir los actores del conflicto laboral con el propósito de lograr su solución. En efecto, como es sabido, el conflicto*

colectivo consta de varias etapas, las cuales se encuentran reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo, así: la denuncia de la convención -cuando a ello hubiere lugar, pues en el evento en que no exista convenio colectivo alguno o anterior, tal actuación no se cumple (artículo 479); la adopción y presentación del pliego de peticiones (artículos 374 y 376); la etapa de arreglo directo (artículos 432 a 436); la suscripción de una convención colectiva (segunda parte, título III, capítulos I y II); la declaratoria y desarrollo de la huelga (artículos 444 a 449) o, en su defecto, la convocatoria de tribunal de arbitramento; y cuando el conflicto llega a la instancia arbitral, su solución acontece con la expedición del laudo que quede en firme, por no haberse interpuesto recurso alguno por las partes o cuando se profiera sentencia ejecutoriada que resuelva el recurso de anulación presentado contra la providencia arbitral (artículos 452 a 461).

"Y es que los referidos preceptos normativos permiten afirmar que el conflicto colectivo de trabajo nace con la presentación del pliego de peticiones, bien sea por parte de la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados, hecho que trae consigo una serie de obligaciones para los protagonistas de la relación laboral, específicamente, en cabeza del empleador, la de dar inicio a la etapa de arreglo directo y recibir a los representantes del sindicato o grupo de trabajadores dentro de las 24 horas siguientes a la presentación del pliego, sin que pueda diferirse por más de cinco días hábiles (artículo 433 CST).

En ese orden de ideas, es claro que el empleador tenía vedado dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa. El máximo órgano de cierre en sentencia del 28 de agosto de 2003, Radicación No. 20155, reiterada en las decisiones del 16 de marzo de 2005, Radicación No. 23843, SL14066-2016 y SL16788-2017, expresó que

"*La norma bajo estudio, tal como lo determinó esta Sala en sentencia de octubre 5 de 1998, contiene una verdadera prohibición para el empleador y es la relacionada con despedir sin justa causa a partir del momento de serle presentado el pliego de peticiones, a cualquiera de los trabajadores que lo hubieren hecho, es decir, a los miembros del sindicato si es este el que lo*

presenta o a los que figuren expresamente en la lista correspondiente cuando lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados.

"El objeto de tal prohibición, que por tal razón se extiende "durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto", es el de procurar la intangibilidad de estos trabajadores con el fin de que no resulten afectados por medidas que pueden tener contenido retaliativo, y así mismo, la de evitar que se afecten las proporciones entre trabajadores vinculados o no al conflicto, para impedir que de tal forma se generen cambios en las mayorías, que habrán de ser muy importantes al momento de tomar determinaciones sobre el objetivo del conflicto, como puede suceder cuando haya que decidir entre la huelga y el arbitramento, o en el momento de solicitarse este último iniciada ya la suspensión de actividades, como también puede resultar importante la proporción de sindicalizados frente al total de los trabajadores de una determinada empresa, pues ello puede determinar la eventual extensión de los beneficios que lleguen a quedar plasmados como resultado del conflicto colectivo.

Debe acotarse además que, en la misiva de despido del 20 de abril de 2016 (Fl. 23 archivo FOLIO 1 A 856.pdf), se adujo:

"Por medio de al presente se informa que la empresa ha decidido cancelar su contrato de trabajo sin justa causa, por cierre de la clínica San Lucas debido a razones técnicas, a partir del 20 de abril de 2016, siendo este su último día a laborar"

En igual sentido, en el segundo despido acaecido el 18 de enero de 2017, tras el reintegro en virtud de la sentencia de tutela, se comunicó a la trabajadora:

"REF. TERMINACIÓN CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA.

"Respetada Señora Dora Consuelo:

"Por medio de la presente comunicación, nos permitimos poner en su conocimiento que la FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA "FUNDASALUD",

como consecuencia de la terminación anticipada del contrato de prestación de servicios de salud suscrito con la Sociedad NUEVA EPS SA, a partir del 01 de enero de 2017, único contrato vigente que tenía la fundación durante la vigencia 2016, se vio en la necesidad de proceder al cierre definitivo de las habilitaciones como prestador de servicios de salud en el Departamento de Cundinamarca y el Distrito Capital, motivo por el cual, a partir de esa fecha, finalizó el desarrollo del objeto social de la fundación como prestador de servicios de salud, debidamente inscrito ante las Autoridades competente, lo que trae como consecuencia directa, la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato de trabajo suscrito entre las partes, por lo que estamos notificando a usted la terminación del contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes, a partir de la fecha de notificación de la presente comunicación.

"Aunado a lo anterior, se ampara la presente decisión en el contenido fallo de segunda instancia de fecha 09 de septiembre de 2016, dentro de la acción de tutela No. 2016-00534, específicamente en el artículo segundo del resuelve.

De tal manera, que la misma empleadora calificó la decisión de terminación del contrato de trabajo, como una decisión que se adoptó sin justa causa, proceder que como viene de verse, se encuentra vedado por el ordenamiento jurídico, más aún cuando el conflicto colectivo solo culminó mediante Laudo Arbitral del 10 de agosto de 2018, por lo cual, el segundo despido del 18 de enero de 2017, también operó estando en curso el conflicto colectivo.

No debe soslayarse que no solamente la empleadora calificó el despido como sin justa causa, sino que, además, lo referido en las misivas de terminación, no se acompasa con ninguna de las justas causas consagrada en los artículos 62 del C.S.T., no una forma legal de terminación, en tanto el literal e) del artículo 61 del C.S.T., establece como causa legal "*Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento",* lo cual no se acaeció para la data del despido.

Finalmente, el recurrente aduce que se debe dar aplicación al precedente jurisprudencial expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3344-2020; no obstante, de la revisión de la misma se tiene que hace referencia a un despido colectivo autorizado con ocasión del cierre definitivo y autorizado de una sección o segmento de la empresa, supuesto fáctico que no se corresponde con el analizado en el presente evento, en el cual la misma empleadora calificó el despido como sin justa causa, y se basó el segundo de ellos en la terminación del contrato con la NUEVA EPS.

Así las cosas, estima la Sala que le asistió razón a la *a-quo* al declarar que el despido resulta ineficaz ante la garantía del fuero circunstancial que amparaba a la trabajadora, sin que haya sido objeto de alzada la limitación que se decretó en primera instancia del reintegro hasta la fecha del Laudo Arbitral, esto es, el 18 de enero de 2017.

4.5 Indemnización Moratoria:

Para este tipo de indemnización, el órgano de cierre ha contemplado que no opera de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-

2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, SL1229-2022, Radicación No. 85137 del 5 de abril de 2022, entre otras.

Bajo este escenario, debe señalarse inicialmente que los despidos sin justa causa, no surtieron efectos ante la garantía del fuero circunstancial, motivo por el cual se declaró la continuidad del contrato de trabajo hasta el 10 de agosto de 2018, decisión que se adoptó por la *a-quo* y no fue objeto de alzada en cuanto al extremo final.

Así las cosas, no es dable considerar la procedencia de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales frente a la terminación del contrato de trabajo del 20 de abril de 2016 y el 18 de enero de 2017, en tanto, se reitera las mismas quedaron sin efectos, y por ende el contrato no feneció en dicha calenda, siendo que el artículo 65 del C.S.T. consagra la indemnización en el evento de la terminación del vínculo laboral.

De otra parte, para para cuando el contrato termina, esto es, el 10 de agosto de 2018, se debe señalar que tal extremo final solo se impuso con la sentencia de primer grado y por ende no es dable estimar un actuar negligente por parte del empleador para no haber solucionado acreencias laborales definitivas en dicha calenda.

De tal manera, que se confirmará la absolución de esta pretensión, por las razones vertidas con anterioridad.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de mayo de 2022 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **18 2020 00394 01**
Demandante:	DORA YOLANDA BOLIVAR FORERO
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 26 de julio de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DORA YOLANDA BOLIVAR FORERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se

declare la ineficacia del traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 1º de mayo de 2004, por vicio en el consentimiento y en consecuencia el traslado no es válido. Además, solicita se declare que se encuentra válidamente afiliada en el régimen de prima media y que la información que suministran las demandadas frente al número de semanas cotizadas con anterioridad a 1994, presenta inconsistencias dentro de los ciclos de cotización al régimen de prima media, igualmente, se declare que cotizó en ese régimen un total de 948,43 semanas entre el 22 de abril de 1980 al 31 de marzo de 2004, que las accionadas deben certificar ante la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda su historia laboral completa a razón del tiempo cotizado en el régimen de prima media con anterioridad a 1994 y que una vez se redima el bono debe comprender 948.43 semanas cotizadas en el I.S.S. Finalmente, solicita se declare que ha cotizado en el régimen de ahorro individual con solidaridad un total de 1775,43 semanas.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna vinculación valida a dicha administradora, por falta al deber de información, y además se le condene a devolver a COLPENSIONES las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual, junto con los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y los gastos de administración debidamente indexados. Se condene a las demandas a activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, a corregir su historia laboral en atención a las cotizaciones realizadas entre el 22 de abril de 1980 y el 31 de marzo de 2004, equivalentes a 948.43 semanas en ese régimen, se certifique ante la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda todos los tiempos cotizados y se reliquide el bono pensional, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 5 de diciembre de 1962 y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 22 de abril de 1980, al que efectuó cotizaciones a través de los empleadores Laboratorio Dental Preco del 22 de abril de 1980 al 4 de octubre de 1989, esto es, 493.29 semanas, Arfor International Ltda. del 20 de junio de 1990 al 31 de mayo de 2000, es decir, 425.56 semanas y posteriormente para la empresa Profesionales Oportunos

Ltda., desde el 1º de agosto de 2003 al 31 de marzo de 2004, en la que alcanzo 29.57 semanas, según historia laboral expedida por COLPENSIONES, en la que totaliza 948.43 semanas.

Narró que una asesora de PORVENIR S.A. el 25 de marzo de 2004 visitó la empresa donde laboraba, ofreciendo beneficios por trasladarse a ese fondo como pensionarse anticipadamente, solicitar el retiro de su ahorro, y que su mesada pensional sería mejor que la ofrecida por el ISS, sin que le informara las implicaciones, características, ventajas, desventajas de ambos regímenes pensionales y las consecuencias que le conllevaría el traslado de régimen pensional. Así las cosas, y ante la incertidumbre de la liquidación del ISS según le indico la asesora, suscribió el formulario de afiliación a través del cual se trasladó de régimen el 25 de marzo de 2004, la cual se hizo efectiva el 1º de mayo de 2004.

Sostuvo que en abril de 2010 solicitó al I.S.S. su retorno al régimen que administra, el cual fue negado por estar a menos de diez años de la edad de pensión, y que también solicitó la corrección de su historia laboral a COLPENSIONES, sin que a la fecha haya sido corregida. Además, relató que solicitó a las encartadas la ineficacia del traslado de régimen, la cual fue negada por PORVENIR S.A., añadiendo que alcanza un total de 1775,43 semanas y que ese fondo le había indicado que es beneficiaria de la garantía de pensión mínima, aunado a que para liquidar provisionalmente el bono pensional tomó como fecha inicial el 20 de junio de 1990 al 21 de marzo de 2004, equivalentes a 458 semanas, dejando por fuera los ciclos de cotización comprendidos entre el 22 de abril de 1980 al 4 de octubre de 1989, lo que hace inexacta la liquidación provisional del bono. (f. 2 a 45 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas por la demandante, arguyendo que la actora solicitó su traslado de régimen con la suscripción del formulario de afiliación, el cual cumple con los requisitos establecidos en la Sentencias C-1024 de 2004, C-789 de 2002, que analizan el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que regula la posibilidad de traslado de régimen. Así las cosas, la afiliación goza de plena validez en la actualidad, más aún, cuando

permaneció en dicho régimen por más de veinte años, sin manifestar inconformidad sobre la administración de sus cotizaciones, y sin que probara el error, fuerza o dolo en la afiliación realizada que generara la nulidad del acto jurídico de inscripción, por ende, la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual.

Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (f. 3 a 25 archivo 09).

Por auto de 13 de junio de 2023, se tuvo por no contestada la demanda a PORVENIR S.A. (archivo 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de julio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora DORA YOLANDA BOLIVAR FORERO, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 51.713.743, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., el día 25 de marzo de 2004 con fecha de efectividad 1 de mayo del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora DORA YOLANDA BOLIVAR FORERO, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 51.713.743, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante señora DORA YOLANDA BOLIVAR FORERO, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 51.713.743, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente*

indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, 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.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 22 de abril de 1980, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un ($1.500.000) a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.

SEPTIMO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior."

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que estaba acredita que la actora provenía del régimen de prima media con prestación definida donde alcanzó 948.43 semanas y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 25 de marzo de 2004, el cual se hizo efectivo el 1º de mayo de esa misma anualidad.

A su vez, hizo mención a los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, el artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014, artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016, los cuales hacen alusión a las diferentes etapas del deber de información frente al traslado de régimen pensional.

Deber de información que, según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral consiste en que las AFP suministren a sus afiliados información clara, cierta, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias al momento en que una persona desea trasladarse al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cual no se acredita con el formulario de afiliación.

Dicho esto, y al no cumplir con la carga probatoria que le asistía a la encartada PORVENIR S.A., al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., declaró la ineficacia del traslado, junto con el consecuente traslado de los respectivos emolumentos a que haya lugar, en la forma que se indica en la sentencia, declarando no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Solicita se revoque en su integridad la sentencia de instancia y se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad frente a los puntos de condena que la afectan. Continuó diciendo que la demandante guardo silencio por más de dieciséis años respecto a la información que le suministró PORVENIR S.A. el 1º de mayo de 2004, agregando que del interrogatorio de parte que rindió se puede concluir que se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria, sin coacción alguna, luego no está probada la falta de asesoría que alega, por el contrario, está probada su falta al deber de diligencia y cuidado que como consumidora financiera le asiste.

A su vez, expuso que con la declaratoria de ineficacia del traslado se está vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional conforme lo dicho por la Corte Constitucional, en donde se precisa que el periodo de carencia planteado por el legislador se dio con en el objeto de evitar la descapitalización del fondo común de prima media, lo que además afecta las garantías legales de los afilados que si cotizaron a lo largo de sus vida laboral para obtener un beneficio pensional, ello en consonancia con el principio de equidad, fondo al que la actora no contribuyo por muchos años, lo que genera un detrimento patrimonial. Además, debe tenerse en cuenta que la promotora no cuenta con derecho adquirido, expectativa legitima, o beneficio pensional, y tampoco era beneficiaria del régimen de transición.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial contra el numeral tercero de la sentencia de primer grado, para que se revoque la condena impuesta frente al traslado el gasto de administración y sumas de seguros previsionales de manera indexada, dado que tales conceptos no financian la pensión de vejez, o la eventual prestación que le sería reconocida a la demandante con la inscripción en el régimen de prima media.

En igual sentido, adujo que los citados rubros fueron descontados por mandato legal, los cuales cumplieron su finalidad, además se generaron unos rendimientos propios del RAIS en la cuenta de ahorro de la actora. Reiterando que el contrato que pactó con la aseguradora conlleva trasladar los conceptos descontados y pagando por ese importe y el 3% descontado respecto a los aportes efectuados a la demandante, le hubieran sido descontados en cualquiera de los dos regímenes pensionales. En esa medida, se solicita que en caso de confirmase la sentencia del *a quo* se compensen los rendimientos con los gastos de administración y las sumas previsionales descontadas, ya que son superiores a los conceptos antes discriminados, por ende, solicita se revoque la sentencia en tal sentido.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en

Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Ahora bien, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la

información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 […] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 25 de marzo de 2004 a PORVENIR S.A., vinculación que hizo efectiva el 1º de mayo de 2004, según comunicación dirigida por dicho fondo a la afiliada de 9 de junio de 2020. (f. 77 y 92 a 95 archivo 01). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los*

formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

De otro lado, se practicó el interrogatorio de parte de la actora DORA YOLANDA BOLIVAR FORERO, expuso que en mayo de 2004 suscribió formulario de afiliación a PORVENIR en su lugar de trabajo a donde llegó una asesora de ese fondo, quien le dijo que se podía pensionar de forma anticipada y que ellos trasladarían las semanas que tenía en el I.S.S., y que podía incluir beneficiarios pero no le dijeron que eso impactaba su ahorro y el monto de su pensión, de otro lado, sostuvo que desea retornar a COLPENSIONES por cuanto no se le dio información completa por parte del fondo privado y porque necesita que esa administradora corrija su historia laboral.

La Representante Legal de PORVENIR S.A. en su declaración señaló que no estaba vinculada a ese fondo al momento del traslado de la actora y que esa administradora no cuenta con otro documento diferente al formulario de afiliación que dé cuenta de la asesoría que brindó a la demandante, reiterando que no estuvo presente al momento del traslado; sin embargo, los asesores del fondo estaban en la obligación de informar las características del régimen al cual se estaba afiliando.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando,*

detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2004, una *"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*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración sobre los cuales hacen alusión el fondo privado en su apelación, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros y las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que hacen alusión COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros*

y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, desestimándose así los argumentos expuestos por las encartadas en su alzada sobre tales aspectos.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que además de las condenas impuestas en la sentencia de primer grado y para mayor claridad, se condena a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración indexados. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia objeto de censura.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de las condenas impuestas, se condena a PORVENIR S.A. a devolver a

COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados al momento del pago, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **20 2022 00408 01**
Demandante:	AMPARO ELENA FERNANDEZ CUBILLOS
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 25 de julio de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor AMPARO ELENA FERNANDEZ CUBILLOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., a fin que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., junto con los demás traslados horizontales que efectuó por vicios del consentimiento e indebida asesoría; igualmente, pretende se declare que para todos los efectos legales se

encuentra válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se ordene a COLFONDOS S.A. la libere de sus bases de datos y devuelva a COLPENSIONES todos los valores existentes en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos, comisiones, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y sumas adicionales, con todos sus intereses conforme lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado hasta la fecha en que se produzca el traslado de dichos conceptos. Asimismo, pretende se ordene a COLPENSIONES active su afiliación en el régimen que administra, reciba las sumas antes descritas, habilite su historia laboral, y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el día 18 de enero de 1970, y que estuvo afiliada al I.S.S. desde junio de 1992 hasta julio de 1995, en donde alcanzó 60.14 semanas. Relató que estando al servicio del I.C.B.F., un asesor de PROTECCIÓN S.A., la convenció de trasladarse del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, arguyendo que las condiciones pensionales en ese fondo eran más ventajosas, que su mesada sería superior, que podía pensionarse de manera anticipada, y que sus aportes en el I.S.S. serían trasladados a ese fondo y no desmejoraría su situación pensional, además, le dijo el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desaparecería, argumentos que fueron determinantes para que suscribiera el formulario de afiliación por medio del cual se surtió traslado de régimen el 14 de julio de 1995.

Seguidamente, narró que un asesor de PORVENIR S.A. se presentó en las instalaciones de la empresa en donde se encontraba laborando y le mencionó que ese fondo era mejor que COLMENA, convenciéndola de trasladarse a dicho fondo el 18 de septiembre de 1997. Misma situación que ocurrió con un asesor de COLFONDOS S.A, quien le informó algunos beneficios de ese fondo, lo que genero su trasladó a esa administradora el 18 de marzo de 2002.

En vista de los anterior, añadió que los fondos de pensiones demandados nunca le informaron sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y los riesgos que le implicaría el traslado. De otro lado, destacó que en la actualidad alcanza un total de 1399.71 semanas a la presentación de la demanda y que efectúa cotizaciones sobre un Ingreso Base de Liquidación de $20.004.600. Finalmente, señaló que solicitó a los fondos demandados que le indicaran la información que le suministraron al momento del traslado, ante lo cual COLFONDOS entre otros aspectos, también le informó que su mesada pensional en ese régimen ascendería a $3.110.674; por lo que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, pedimento que fue denegado por esa entidad. (f. 1 a 29 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio. Sobre el asunto indicó que la actora se trasladó una vez recibió la información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a este, para tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, lo cual se corrobora con el formulario de afiliación.

Como excepciones de mérito formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 3 a 30 archivo 04).

COLFONDOS S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además le indicó las características de dicho régimen, su funcionamiento, las diferencias, ventajas y desventajas entre el R.A.I.S. y el R.P.M.P.D. y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el régimen que administra.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios en el 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 y la de compensación y pago. (f. 4 a 24 archivo 05)

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin que obre prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error al demandante, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco que haya presentado inconformidad sobre su traslado de régimen, por el contrario, de las documentales que obran en el expediente se advierte que el traslado se encuentra sujeto a derecho y que se realizó de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presiones indebidas, igualmente adujo que en el presente caso no se cumplen las condiciones de la sentencia SU-062 de 2010, para que opere el traslado de régimen en cualquier momento, además, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como 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 administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 4 a 48 archivo 10).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica. (f. 4 a 26 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 25 de julio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora AMPARO ELENA FERNANDEZ CUBILLOS hacia la sociedad COLMENA hoy PROTECCION S.A., el día 14 de julio del año 1995 y sus posteriores traslados horizontales a la PORVENIR S.A., el 18 de septiembre de 1997 y a COLFONDOS S.A., el día 18 de marzo del año 2002, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada AMPARO ELENA FERNANDEZ CUBILLOS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> *CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES, a favor de la señora AMPARO ELENA FERNANDEZ CUBILLOS. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, a cuota parte.*
>
> *QUINTO: Remitir el expediente al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, a efectos que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, en el evento de no ser apelada esta decisión, contrario sensu, para que su resuelva la apelación respectiva."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia estimó que según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se cumple el presupuesto de la información, lo que procede es la ineficacia del traslado y no la nulidad del traslado, ello en consonancia con lo establecido en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, precisó que es a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al tenor del artículo 167 del C.G.P., a quien le corresponde probar el haber suministrado a la demandante una debida información respecto de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, situación que no logró probar dentro del plenario, lo cual no se demuestra con la simple suscripción del formulario, aunado a que del interrogatorio de parte no se extrae confesión sobre el suministro de la debida información, por lo que declaró la ineficacia del traslado, debiendo retronar los aportes y los rendimientos.

En cuanto a los gastos de administración, aporte al fondo de pensión mínima y seguros previsionales dijo que no emitiría condena al respecto, en tanto, pertenecen al fondo que los haya administrado, declaró no probada la excepción de prescripción y finalmente condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto, solicita se revoque la condena en costas dado que de acuerdo a la Ley 797 de 2003 no le es posible aceptar a la actora en el régimen que administra, al estar inmersa en la prohibición legal de traslado, aunado a que la actora mostró su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Acorde con lo anterior, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que

se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 [...] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, o si se está a menos de diez años para la edad

de pensión, pues son hechos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN el 14 de julio de 1995, además se allegó el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. el 18 de septiembre de 1997 y a COLFONDOS S.A. el 18 de marzo de 2002, vinculaciones que se hicieron efectivas a partir del 1º de agosto de 1995, 1º de noviembre de 1997 y 1º de mayo de 2002, como se observa de la certificación del SIAFP (f. 40 archivo 01, f. 86 archivo 04, f. 25 y 74 archivo 05 y f. 27 archivo 08).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Igualmente, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante AMPARO ELENA FERNANDEZ CUBILLOS, la cual sostuvo que comenzó a laborar en 1992 y que estuvo en inicio afiliada en el ISS, luego se afilió a COLMENA y en 1997 se afilió a PORVENIR, después de recibir una visita de un asesor de ese fondo, quien le dijo que tendría más respaldo y que se podía pensionar de manera anticipada ante la posibilidad que el ISS fuera liquidado, por lo que después de que diligenciara el formulario de afiliación procedió a suscribirlo, agregando que su afiliación a COLFONDOS en 2002 se dio en similares circunstancias. Enfatizó que en 1995 el asesor de COLMENA le dijo que su futuro pensional sería mejor en ese fondo, y que en 2016 o 2017 se dirigió al fondo al cual se encuentra actualmente para indagar sobre su futuro pensional, momento en

que se enteró que su mesada sería inferior a la que obtendría en el régimen de prima media y que debía esperar a los 57 años, sin ser verdad que se podía pensionar en cualquier momento, como le dijeron al momento del traslado.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1995, una *"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*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la actora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es,*

las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a

través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746

del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas de instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y al no salir avante los argumentos que expuso en la impugnación, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que los fondos privados que fueron convocados a juicio, además, deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por ende, se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en lo demás, habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 25 de julio de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de su pago en porción al tiempo que estuvo afiliada la actora en esas administradoras de pensiones, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2022 00250 01**
Demandante:	BLANCA LIGIA IBAÑEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería en representación de COLPENSIONES a la abogada LINA MARÍA POSADA LÓPEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.053.800.929 y T.P. 226.156 del C. S. de la Judicatura, conforme las facultades del poder otorgado.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 30 de junio de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BLANCA LIGIA IBAÑEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse que siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado y que PORVENIR faltó a su deber de información y en consecuencia su afiliación a ese fondo es ineficaz.

Consecuencialmente, solicita se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES el capital aportado por concepto de cotizaciones efectuadas a ese fondo, junto con las sumas descontadas por concepto de seguros previsionales y gastos de administración, más el bono pensional si hay lugar y los rendimientos financieros. A su vez, pretende se ordene a COLPENSIONES active su afiliación en el régimen que administra y reciba las sumas anteriormente descritas y se condene en costas a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hasta el 22 de agosto de 2001, cuando se trasladó sin ser debidamente asesorada a PORVENIR S.A. la cual incumplió con su deber de información, ya que al momento del traslado no le realizó una proyección pensional, ni le explicó que su pensión sería más baja en ese régimen, pues solo le indicaron que se podía pensionar de manera anticipada y su mesada en el régimen de ahorro individual sería superior, aunado a que el SEGURO SOCIAL sería liquidado, añadiendo que no se le explicaron diferencias entra ambos regímenes y los requisitos para obtener la pensión en ese fondo lo que le genera un perjuicio irremediable a su mínimo vital. (archivos 01 y 06).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre

escogencia de régimen pensional. Enfatizando que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no puede obviarse que si la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual obedece a la información que le fuera brindada por parte de los asesores de la AFP para que efectuara el traslado, aunado a que no obra prueba de alguna del vicio en el consentimiento que alega al momento de su afiliación, lo cual llegue a invalidar la misma.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 11).

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional de la demandante al régimen que administra fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional e informada, a razón de lo cual sería improcedente declarar un error de hecho cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, ante lo cual la activa no aporta prueba alguna que permita concluir que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que su traslado es nulo, por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de junio del 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante BLANCA LIGIA IBAÑEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de causación hasta la fecha de su pago, y con cargo a sus propios recursos.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora BLANCA LIGIA IBAÑEZ, en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.*
>
> *CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> *QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante.*
>
> *SEXTO: ORDENAR la consulta de la sentencia ante el Superior."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la libertad de escogencia de régimen pensional es un derecho de los afiliados. Asimismo, trajo a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan. Seguidamente, adujo que se probó que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el cual fue efectivo a partir del 1º de octubre de 2001 en donde efectúa cotizaciones a la fecha.

De otro lado, señaló que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral ha establecido sobre las AFP la labor de brindar información cierta, completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima, por lo que de no cumplir con tales presupuestos, según los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que procede es la ineficacia del traslado.

Descendiendo al caso en concreto, relaciona las pruebas documentales aportadas por las partes, así como el interrogatorio de parte practicado a la demandante, concluyendo que no se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR S.A. en el momento del traslado de la actora, declarando la ineficacia del traslado de régimen y ordenando la devolución por parte de ese fondo a COLPENSIONES de todos los emolumentos que proceden ante tal evento, además declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida a efecto de que se revoque en su integridad. Al respecto, sostuvo que en el precedente jurisprudencial se ha plasmado que no se puede aplicar de manera homogénea e indiscriminada a todos los asuntos donde se solicita la ineficacia del traslado por el incumplimiento del deber de información, situación que no ocurre en el presente asunto, dado que la demandante se trasladó de manera libre, voluntaria e informada y de conformidad con las normas vigentes para la época en la cual no se exigía información en los términos en los que fueron reclamados en la demanda y sustentados en el fallo de primera instancia, requisitos que se encuentran consagrados en la Ley 100 de 1993 y que podían ser consultados por la gestora en cualquier momento, voluntariedad de traslado que además se corrobora con la suscripción del formulario de vinculación el cual no fue tachado ni desconocido.

En cuanto a la devolución de los rendimientos financieros, señaló que en atención a la declaratoria de ineficacia del traslado, deben corresponder a los que se

hubieran generado en COLPENSIONES y no en ese fondo. Igualmente, adujo que no procede la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, ya que fueron descuentos que tienen sustento legal, conforme lo reglado en los artículos 20, 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, los cuales se encuentran en poder de las aseguradoras que contrató para su manejo. De otro lado, refirió que la devolución indexada de las sumas es una doble condena, ya que se está ordenando al reintegro de los rendimientos, valores que son dineros actuales. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas por cuanto ha actuado de manera diligente y de buena fe, y para el momento del traslado no podía rechazar la voluntad de la actora.

COLPENSIONES sostiene en la alzada sostiene que no es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, ya que no cumplió con la carga de probar la falta de información conforme lo estipulado en el artículo 167 del C.G.P., lo que se acompasa con lo expuesto en la sentencia C 086 de 2016. Máxime cuando en el presente asunto se evidenció que el fondo privado sí brindó información a la demandante la cual permaneció más de veinte (20) años en el régimen de ahorro individual, aceptando así las condiciones del mismo.

Por otro lado, señaló que no es procedente el retorno de la actora al régimen de prima media por cuanto se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, situación que de paso contraría el principio de sostenibilidad financiera, por tanto, solicita se revoque la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 […] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la demandante efectuó

traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través PORVENIR S.A., sin embargo, esa demandada aporta certificación adiada el 7 de octubre de 2022 en la que señala que la vinculación de la actora a ese fondo se dio el 1º de octubre 2001 (f. 41 archivo 12).

No obstante, conviene memorar que, si en gracia de discusión obrara el formulario de afiliación al fondo privado, lo cierto es, que bastante se ha dicho que ese documento no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, en la que se dijo que *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante BLANCA LIGIA IBAÑEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, relató sobre las circunstancias en las que se dio su traslado a PORVENIR S.A. que le manifestaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba a ser liquidado y que era mejor estar en ese fondo, sin que se le diera más información sobre su situación pensional. Además, sostuvo que no recibió el correo que el fondo le envió el 22 de julio de 2016, en el que se le invitaba a recibir a una reasesoría, y que no recordaba haberse trasladado a PORVENIR.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en

cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado la actora para el año 2001, una *"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".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto sobre el cual manifiesta su disenso PORVENIR S.A., debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, ha señalado al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha expuesto sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente,*

en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura a la parte que resulta vencida en juicio, luego, para la Sala es clara la imposición de la condena en costas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, sostuvo frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia, que:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, no se evidencia yerro alguno en la decisión del *a quo* y las condenas que impartió. Corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, a cargo de cada una, y a favor de la parte actora; las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2022 00256 01**
Demandante:	MARIA PATRICIA AVILA MONTEALEGRE
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 11 de julio de 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA PATRICIA AVILA MONTEALEGRE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare que PROTECCIÓN S.A. faltó a su deber de información y en consecuencia se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de ese fondo; asimismo, se declare la ineficacia de la afiliación a ese fondo privado y cualquier otro traslado horizontal que haya efectuado y se declare que siempre ha permanecido el régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración. Además, se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra, reciba las sumas antes descritas y actualice y corrija su historia laboral y la ponga a su disposición. Finalmente, solicita se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que nació el 11 de mayo de 1959 y estuvo afiliada al I.S.S. hoy COLPENSIONES desde el inicio de su vida laboral en donde cotizó a través de diferentes empresas, acotando que posteriormente ante una campaña de desinformación de los fondos privados de pensiones en general, suscribió formulario de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 19 de marzo de 1997.

Relató que PROTECCIÓN S.A. no le suministró información concreta y veraz sobre las consecuencias que le conllevaría el traslado de régimen pensional, dado que el asesor del fondo no le explicó sobre las ventajas, desventajas, condiciones y características de ambos regímenes pensionales y los requisitos para acceder a las contingencias de vejez, invalidez o muerte. Además, adujo que antes de estar a diez años para alcanzar la edad de 57 años, el fondo privado no le informó que podía retornar al régimen de prima media el cual le era más le convenía para sus intereses pensionales, precisando por último que actualmente se encuentra afiliada en PROTECCIÓN S.A. (f. 1 a 19 archivo 01 y archivo 04).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no se demostró en el presente proceso la configuración de algún vicio en el consentimiento dentro del acto de afiliación de la demandante, tampoco se observa vulneración al derecho a la libre escogencia de régimen pensional por parte del fondo privado convocado a juicio, siendo improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 15 archivo 09).

Entre tanto, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Expuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (f. 3 a 25 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de julio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MARIA PATRICIA AVILA MONTEALEGRE al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1'000.000).”

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia refirió que en el presente caso debe analizarse si el acto jurídico de traslado resulta ineficaz, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, expuso que el traslado de régimen se colige con las documentales que obran en el plenario y el interrogatorio de parte, sin embargo, de la declaración de la actora no se deprende confesión alguna sobre una debida información del parte del fondo privado, pues no fue enterada de las características y condiciones de ambos regímenes pensionales, falencias que no fueron subsanadas en la reasesoría que recibió posteriormente.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, con todos sus efectos consecuenciales, ordenando a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho al fondo privado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación. Al respecto, señaló que la gestora no cumplió con la carga de la prueba conforme lo reglado en el artículo 167 del C.G.P., más aún cuando no se probó el vicio en el consentimiento que se alega, agregando que es desproporcionado ubicar la carga de la prueba en cabeza de las demandadas y en especial de esa administradora, lo que por demás afecta el principio de sostenibilidad financiera, más si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado de régimen no era exigible dejar evidencia documental; por último solicita que no se emita condena en costas en esta instancia y se revoque la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 […] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que

recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario de afiliación a través del cual la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PROTECCIÓN S.A. el 19 de marzo de 1997; sin embargo, del reporte SIAFP que obra en el plenario se evidencia que dicha vinculación se hizo efectiva el 1º de mayo de 1997. (f. 76 archivo 08).

Precisado lo anterior, y si bien la actora en el interrogatorio de parte dijo haber suscrito el formulario de afiliación a través del cual se trasladó, sobre el asunto huelga mencionar que pese a que tales formatos refieren que la decisión se adopta de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante MARIA PATRICIA AVILA MONTEALEGRE en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que su vinculación con PROTECCIÓN S.A. se dio estando al servicio de la CLINICA COLSUBSIDIO, lugar a donde se llevó a cabo una reunión en el auditorio que no duró más de tres minutos, en la que le dijeron que el ISS sería liquidado, junto con las Cajas de Previsión y a razón de ello nacían los fondos privados, motivo por el cual suscribió el formulario de afiliación que le fue entregado para llevar a cabo la afiliación al nuevo fondo, sin que se le diera más información. Precisó que posteriormente en 2006 un asesor le dijo que le convenia estar en ese fondo, pero en 2019 otro asesor le indicó que le era más conveniente estar en COLPENSIONES.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de la encartada PROTECCIÓN S.A. para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *"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".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que PROTECCIÓN S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente,*

en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PROTECCIÓN S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales y demás emolumentos, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a una posible condena en costas en esta instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura a la parte a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, luego, para la Sala es clara la imposición de la condena en costas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

De ese modo, para esta Colegiatura luce acertada la decisión de la Juez de instancia, contrario a lo aducido por la impugnante. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de julio de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **31 2022 00174 01**
Demandante:	EFIGENIA GARCÍA NÚLEZ
Demandado:	UNIVERSIDAD CENTRAL
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 17 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora EFIGENIA GARCÍA NÚÑEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UNIVERSIDAD CENTRAL, a fin de declararse la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 14 de diciembre de 2009 y el 8 de junio de 2019, con sus respectivas modificaciones e implementaciones.

Por consiguiente, se condene a la encartada al reconocimiento y pago de recargos de horas extras nocturnas, dominicales y festivos, descansos dominicales, descansos compensatorios y descansos de semana santa.

Asimismo, se condene a la demandada al pago sobre el reajuste de primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la totalidad de prestaciones sociales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que inició labores con la demandada a partir del 14 de diciembre de 2009 a través de un contrato de trabajo a término fijo, por medio del cual desempeñó el cargo de Auxiliar de Servicios Generales en la finca denominada Parcelación Brisas de Xochimilco de propiedad de la Universidad, ubicada en Fusagasugá – Cundinamarca.

Que en el contrato inicialmente suscrito, se pactó un salario en pagos mensuales incluido el subsidio de transporte en la suma de $581.000, dinero que sería reajustado con los correspondientes incrementos de ley, así como que el 1º de octubre de 2010, la demandada llevó a cabo una modificación al contrato de trabajo, determinándose que a partir de dicha calenda su cargo sería el de Auxiliar de Aseo.

Expuso que el 8 de mayo de 2018, la Universidad efectuó otra modificación al contrato de trabajo, en el sentido de que el mismo se prorrogaría hasta el 8 de junio de 2019.

Indicó que laboró en horarios comprendidos de lunes a jueves desde las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m., y de viernes a domingos y lunes festivos desde las 6:00 a.m. hasta las 11:00 p.m., desempeñando sus labores de aseo y atendiendo al personal que llegaba a hospedarse en la finca en todas las áreas que la componen.

Por último, manifestó que durante todo el tiempo de la relación laboral la encartada nunca le canceló lo atinente a horas extras y trabajo suplementario, días compensatorios y los días de semana santa y receso escolar.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UNIVERSIDAD CENTRAL aceptó la existencia del contrato de trabajo con la demandante bajo la modalidad de término fijo inferior a un año, el cual se prorrogó en el tiempo por el periodo comprendido entre el 14 de diciembre de 2009 y el 11 de mayo de 2010, vínculo contractual donde a la demandante le fueron canceladas en todo momento sus acreencias laborales.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe exenta de culpa, excepciones *in genere* y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de enero de 2023 declaró entre las partes la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 14 de diciembre de 2009 y el 8 de junio de 2019, así como que absolvió a la encartada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, refirió la *a-quo* que, en el asunto de marras no existe discrepancia alguna en cuanto a los extremos que comprenden la relación laboral, ni que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo; sin embargo, sí existió discusión en cuanto a la clase de modalidad contractual.

Seguidamente, que de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del C.S.T., subrogado por el artículo 3º de la Ley 50 de 1990, el mismo refiere que el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a 3 años, pero es renovable indefinidamente, recalcando además que si antes de la fecha del término estipulado ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato con una antelación no inferior a 30 días, el mismo se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado y así sucesivamente; no obstante, si el término fijo es inferior a un año, únicamente podrá prorrogarse en lo sucesivo por 3 periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior y así sucesivamente.

Por tal razón, mencionó que en el presente caso aparece un primer contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes por un término de duración de 140 días por el periodo comprendido entre el 14 de diciembre de 2009 y el 11 de mayo de 2010, donde se le contrató a la demandante para desempeñar el cargo de Servicios Generales, el cual fue objeto de prórroga desde el 9 de noviembre de 2010 hasta el 9 de junio de 2011 y, en lo sucesivo se modificó en numerosas oportunidades cuyas prórrogas a partir del 1º julio de 2011 se extendieron por el periodo de un año, vínculos contractuales que no fueron tachados de falsos ni desconocidos en cuanto a su contenido; circunstancia por la cual, concluyó que el contrato abarcó el interregno desde el 14 de diciembre de 2009 y el 8 de junio de 2019 y que culminó a razón de la expiración del plazo pactado, tópico que implicaba a su vez para la absolución de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T.

De otra parte, en lo que concierne al trabajo de horas extras, suplementario, dominicales y festivos de la demandante, adujo que teniendo en cuenta la carga de la prueba y lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del *sub-examine*, la parte demandante debió acreditar sin lugar a equívocos las horas extras y demás trabajo suplementario o adicional

alegado durante la relación laboral, situación que no se probó en la medida que teniendo en cuenta la prueba testimonial recaudada, no existió constancia directa sobre aquel trabajo suplementario alegado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que la UNIVERSIDAD CENTRAL concede a todo el personal administrativo el pago de horas extras y demás rubros derivados del trabajo suplementario, máxime si se tiene en cuenta que la Representante Legal de la demandada no tuvo certeza sobre lo que verdaderamente se le adeudaba, como tampoco se allegó constancia respecto la cancelación de recargos a los que se tenía derecho.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala auscultará como problema jurídico principal si la aquí demandante es merecedora del reconocimiento y pago de horas extras y trabajo suplementario en los términos perseguidos dentro del *petitum*.

c. Del contrato de trabajo:

Teniendo en cuenta las pautas determinadas en primera instancia, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que en efecto entre la UNIVERSIDAD CENTRAL en calidad de empleadora y la demandante señora EFIGENIA GARCÍA NÚÑEZ existió un contrato de trabajo a término fijo el cual se fue prorrogando en el tiempo por el periodo comprendido entre el 14 de diciembre de 2009 y el 8 de junio de 2019, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo, las distintas prórrogas y/o modificaciones que existieron sobre el mismo y la correspondiente copia de la liquidación de prestaciones sociales (Fls. 14, 18, 19 y 20 - PDF 04 ANEXOS DEMANDA y fls. 48 a 64 – PDF 13 CONTESTACIÓN DEMANDA UNIVERSIDAD NACIONAL).

d. Del pago de horas extras y trabajo suplementario:

Como ya se expuso y teniendo en cuenta lo argumentado por la demandante en el recurso de alzada, se pretende el pago de trabajo de horas extras, suplementario, dominicales y festivos.

Para lo pertinente, menester es precisar que, en atención de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de trabajo suplementario y en atención de la carga probatoria, le corresponde al trabajador demostrar tales supuestos, así lo sostuvo en sentencia importante como la SL1174-2022, Radicación No. 84079 del 9 de febrero de 2022, mediante la cual resaltó:

> *"Pues bien, importa destacar que esta Sala ha precisado de forma pacífica y reiterada que para que el juez condene al pago de horas extras de dominicales o festivos se requiere que el demandante acredite con precisión y claridad que trabajó más de la jornada ordinaria y el número de horas adicionales en que prestó el servicio, toda vez que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las que estimen trabajadas (CSJ SL6738-2016 y CSJ SL7670-2017)."*

Tal línea se ha mantenido en la actualidad, siendo a groso ejemplo las sentencias SL1240-2023, Radicación No. 95747 del 30 de mayo de 2023, SL807-2023, Radicación No. 95232 del 26 de abril de 2023, SL983-2023, Radicación No. 69491 del 21 de marzo de 2023, entre otras.

Así las cosas, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte de la demandante señora EFIGENIA GARCÍA NÚÑEZ, quien indicó que en la actualidad se dedica al hogar. Que suscribió contrato de trabajo con la demandada el 14 de diciembre de 2009 y sus funciones consistían en hacer el aseo en la finca denominada Las Brisas, arguyendo que su permanencia en la finca era las 24 horas del día de domingo a domingo como quiera que no tenía días de descanso, al igual que en las noches permanecía en el predio puesto que también en esas horas se encontraba al cuidado del mismo.

Que ella vivía en una cabaña de la finca de la Universidad, así como que un administrador de la accionada era quien controlaba su horario de trabajo pues iba a cualquier hora del día y con un promedio de una o dos veces por semana. Refirió que la forma de comunicación entre ella y su jefe inmediato era vía telefónica. En últimas, expuso que anualmente le era renovado su contrato de trabajo.

La Representante Legal de la UNIVERSIDAD CENTRAL señora IRMA CAROLINA ORTEGÓN PLAZAS refirió en su interrogatorio de parte que en la actualidad también es la Secretaria General del centro educativo, al igual que la demandante señora EFIGENIA GARCÍS NÚÑEZ inició sus labores como aseadora de la Universidad en la parcela de la finca en el mes de diciembre de 2009 mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual tuvo varias prórrogas y culminó en el mes de junio de 2019.

Que las funciones específicas de la demandante consistían en hacer el aseo en la habitación de huéspedes que tiene la Universidad en la finca Xochimilco,

junto con un apartamento pequeño de una habitación y la zona de juegos, así como en la zona que la actora vivía dentro de la finca.

La testigo NORALBA MOGOLLÓN TARQUINO adujo que conoce a la demandante aproximadamente hace más de 14 años por cuanto el cónyuge de la actora de nombre JESÚS ORLANDO DÍAZ era vecino de la localidad de la testigo. Que la demandante trabajaba al servicio de la Universidad en la finca Xochimilco haciendo aseo.

Que en esa finca arribaban personas los fines de semana y días festivos, teniendo conocimiento además que la demandante laboró al servicio de la Universidad desde el mes de diciembre de 2009 hasta el mes de junio de 2019, aspecto último que así se lo hizo saber la actora.

Relató que la demandante vivía con su cónyuge en la finca y que ella se encontraba en algunas ocasiones con la pareja aproximadamente cada 2 o 3 días en el referido predio. Que ella como testigo muy rara vez ingresaba al predio de la Universidad ya que era prohibida la entrada, resaltando que era la actora quien le comentaba a ella como testigo que debía hacer el aseo en la Universidad y en algunas ocasiones la veía en la mañana y tarde desarrollando la actividad de aseo.

Expuso no constarle el número de personas que ingresaba al predio de la universidad, así como que la actora en algunas ocasiones le comentó que debía cocinar a los visitantes de la finca, sin saber cuál era el horario de labores.

El testigo JOSÉ ANDRÉS GARCÍA MOGOLLÓN mencionó que es amigo de la demandante desde aproximadamente 11 años, puesto que vivían en la misma parcelación denominada Las Brisas de Xochimilco ubicada en Fusagasugá, siendo él como testigo el portero del conjunto o parcelación desde el 2018

hasta el 2020, y con anterioridad vivía en las parcelas No. 21 y 22 por cuanto sus padres trabajaban allí.

Que la demandante era empleada de la finca de la UNIVERSIDAD CENTRAL, labores que desempeñó la actora aproximadamente 10 años encargándose del aseo y mantenimiento de las instalaciones de la finca, actividad que desarrollaba todos los días, puntualizando creer que la actora cumplía el horario de trabajo que abarcaba desde las 7:00 a.m. hasta las 4:00 p.m., pero sin ser testigo directo sobre las horas de labores en específico.

No le consta que la demandante cumpliera otras funciones distintas al aseo, exponiendo que generalmente a la finca asistían funcionarios de la universidad y era la demandante quien se encontraba al pendiente de esas personas a las instalaciones de la finca.

De los interrogatorios de parte practicados tanto a la demandante como a la Representante Legal de la Universidad Central, así como lo expuesto por los testimonios de NORALBA MOGOLLÓN TARQUINO y JOSÉ ANDRÉS GARCÍA MOGOLLÓN, de sus dichos nada extrae una jornada adicional a la ordinaria de la actora.

Nótese que lo único que relataron los testigos NORALBA MOGOLLÓN TARQUINO y JOSÉ ANDRÉS GARCÍA MOGOLLÓN fue el hecho de que la demandante trabajó por espacio de aproximadamente 10 u 11 años en la finca de propiedad de la encartada en labores de aseo, sin que especificaran o dieran fe directa acerca de los momentos precisos en que la actora desempeñaba sus roles de trabajo en espacios adicionales a la jornada laboral ordinaria.

Por el contrario, la señora NORALBA MOGOLLÓN TARQUINO si bien refirió que en todo momento la actora permanecía en la finca, adujo tener conocimiento que los roles que desempeñaba y las horas en que los realizaba

era como consecuencia de lo que le relataba la demandante, aspecto que conlleva a que se entiende como un testigo de oídas, misma situación que sucede con la declaración de JOSÉ ANDRÉS GARCÍA MOGOLLÓN, en tanto, adujo no tener pleno conocimiento de las horas en que específicamente ejercía sus actividades la señora EFIGENIA GARCÍA NÚÑEZ.

Al unísono, de la prueba documental acreditada al plenario, nada se evidencia algún trabajo suplementario desarrollado por la demandante fuera del horario contemplado dentro del contrato de trabajo, puesto que lo único que yace son copias del vínculo contractual y sus distintas modificaciones, así como la liquidación de prestaciones sociales, adicional al hecho que, de los interrogatorios de parte rendidos por las partes, se puede extraer que la señora EFIGENIA GARCÍA NÚÑEZ a parte de laborar en el predio de Fusagasugá de propiedad de la UNIVERSIDAD CENTRAL, vivía dentro del mismo, de allí que se pueda colegir que no en todo momento la actora prestaba servicios laborales como así lo expuso en su interrogatorio; circunstancia por la cual, al no demostrar lo de su cargo en los términos estatuidos en el C.G.P., no queda más reparo que confirmar la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 17 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de

conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **32 2021 00538 01**
Demandante:	OSWALDO ROJAS ROMERO
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 18 de julio de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor OSWALDO ROJAS ROMERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA S.A. en marzo de 1995 hoy PROTECCIÓN S.A., por falta al deber de información y el traslado horizontal que realizó en junio de 1996 a PORVENIR S.A.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su vinculación a ese fondo, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración. A su vez, solicita se ordene a COLPENSIONES que lo reciba en el régimen que administra sin solución de continuidad, se condene al pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 25 de diciembre de 1959 y que estuvo afiliado a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTA D.C. desde febrero de 1991 hasta marzo de 1994, y posteriormente se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde 1994 hasta 1995, entidades en las que acumuló 160 semanas.

A continuación, expuso que según el certificado SIAFP en marzo de 1995 los asesores de PROTECCIÓN S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional ofreciéndole beneficios superiores a los que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida al momento de pensionarse, sin que le informaran de forma clara y veraz sobre las condiciones, características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, sin que se le indicaran los requisitos que debía acreditar para acceder a la prestación de vejez y sin realizar una proyección pensional, falencias que persistieron al momento de su afiliación a PORVENIR S.A. en 1996.

Acorde con lo anterior, solicitó a la demandada la ineficacia del traslado de régimen pensional y su retorno al régimen de prima media, pedimento que fue despachado de forma negativa, agregando que PROTECCIÓN S.A. el 24 de agosto de 2021 le indicó que no había encontrado el formulario de afiliación a COLMENA S.A. y que según simulación pensional su mesada pensional en el régimen de prima media sería superior a la que obtendría en ese régimen. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que de acuerdo con las pruebas arrimadas al plenario, se podía evidenciar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a esa administradora, por lo que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para que se declare la ineficacia del traslado que realizó en 1995, por lo que dicha afiliación es eficaz y produce plenos efectos jurídicos.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (folios 2 a 32 archivo 10).

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado de régimen pensional y los traslados horizontales que realizó gozan de completa validez, dado que se informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que

componían el RAIS, a efectos que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado. Asimismo, refirió que el traslado horizontal que realizó la demandante de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A. se dio en cumplimiento de los dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, sin que actualmente se encuentre afiliada a ese fondo.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (folios 2 a 26 archivo 11).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Como excepciones enlistó las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a PORVENIR S.A., inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (f. 3 a 29 archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de julio de 2023, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante OSWALDO ROJAS ROMERO a través de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. de fecha 24 de marzo de 1995, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante OSWALDO ROJAS ROMERO como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* trajo a colación el artículo 12 y el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección libre y voluntaria de régimen pensional, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la norma en cita. Además, expuso que el literal e) del artículo 13 de la

Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 2003, señala los tiempos mínimos de permanencia en cada régimen y la restricción de traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, igualmente destacó que el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya hacía referencia a la información que se debe suministrar a los usuarios.

De otro lado, acotó que no puede olvidarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información respecto de los posibles afiliados está a cargo de los fondos privados, deber que existe desde la creación de los mismos, además en esas administradoras recae la carga de la prueba; de la misma forma sostuvo que la información debe contener los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, y tal consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, además señaló que no es necesario que el afiliado demuestre estar en régimen de transición, estar próximo a causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación así mismo que la declaratoria de la ineficacia no prescribe.

Señaló que durante el trámite procesal se acreditó que el demandante efectuó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el 23 de noviembre de 1994 y marzo de 1995, precisando que del reporte SIAPF se puede colegir que el gestor se trasladó de régimen a la AFP COLMENA S.A. del cual no se aporta el formulario de vinculación y el posterior traslado a PORVENIR S.A., e igualmente de allega consulta de bonos pensionales, lo cual permite evidenciar la vinculación del gestor a con la CAJA DE VIVIENDA POPULAR y a la CAJA DE PREVISIÓN DE BOGOTÁ.

Al referirse al interrogatorio de parte que depuso el promotor, estimó que no confesó habérsele brindado información clara, suficiente y oportuna sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características y diferencias entre uno y otro, toda vez que nunca fue asesorado. En esa medida, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante; con la consecuente afiliación del actor a COLPENSIONES y la devolución a esa administradora de los recursos que obran en la cuenta del promotor, declaró

no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida. Al respecto, sostuvo que el precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea en todos los procesos en donde se solicita la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento al deber de información, ya que debe existir similitud en las condiciones fácticas de cada caso, lo cual no ocurre en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria e informada, conforme lo normado para el momento del traslado a COLMENA en 1995.

Añadió que las condiciones, características, ventajas y desventajas de RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento tal información la que igualmente otorgó desde el traslado horizontal, e igualmente como consumidor financiero debió actuar con diligencia, máxime cuando ese fondo siempre ha actuado de buena fe, por ende, solicita se revoque la sentencia de primer grado.

Sobre la devolución de los rendimientos, adujo que, a razón de la declaratoria de la ineficacia del traslado, deben corresponder a los que se hubiesen generado en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y no los producidos en ese fondo, debiendo aplicarse las restituciones mutuas, sin que tampoco proceda la devolución de las primas de seguros previsionales por cuanto esos dineros ya no están en su poder, sino en poder de las aseguradoras. Respecto a la indexación de los valores objeto de condena, refirió que, con el traslado de los rendimientos financieros, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

COLPENSIONES en su alzada enfatizó que el artículo 12 de la Ley 797 del 2003, establece la posibilidad de traslado de régimen y la limitación a tal concesión, estando únicamente exceptuados de esa restricción los beneficiarios del régimen de transición, lo cual no es el caso del actor, quien además está

inmerso en la prohibición de traslado. De modo que sus actuaciones deben estar encaminadas al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 del 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, debiendo tenerse en cuenta el estudio de rentabilidad al que hace alusión la Corte Constitucional en la sentencia SU 062 de 2010, de ahí, que no puede verse afectada con la decisión adoptada, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia y se absuelva de todas las pretensiones elevadas en la demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o

cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir*

del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 [...] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de marzo de 1995, vinculación que se hizo efectiva en esa misma calenda según el reporte SIAFP. Sin embargo, se allega el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. el 14 de junio de 1996, el cual se hizo efectivo el 1º de agosto de 1996, según el citado reporte. (folios 63 archivo 11)

No obstante, debe acotarse que el formulario si bien refiere que la decisión se adopta de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por*

demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, la representante legal de la demandada PROTECCIÓN S.A. en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que el traslado de régimen del actor se dio con el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el año 1995, el cual se realizó de forma verbal, añadiendo que los asesores contaban con la capacitación respectiva para llevar a cabo las vinculaciones a ese fondo, además, expuso que no se pudo encontrar el formulario de afiliación del actor a COLMENA.

El representante legal de PORVENIR S.A. en su declaración adujo que el actor realizó un traslado horizontal en el año 1996, con el lleno de los requisitos exigidos para ese momento, brindando la información pertinente de forma verbal de lo cual da cuenta el formulario de afiliación.

El demandante OSWALDO ROJAS ROMERO en el interrogatorio de parte a él practicado, señaló que su traslado a COLMENA S.A. se dio cuando asesores de ese fondo se acercaron a su lugar de trabajo y le manifestaron que debía trasladarse ya que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, y les convenía afiliarse a esa administradora, motivo por el cual suscribió el formulario de manera voluntaria, precisando que con anterioridad al traslado estuvo afiliado a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO y posteriormente estuvo en el ISS, y que su traslado a PORVENIR S.A. se dio por que asesores de ese fondo le dijeron que los afiliados de COLMENA serían trasladados a esa demandada.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información por parte de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., luego, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1995, una *"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*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto sobre el cual manifiesta su disenso PORVENIR S.A., debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, ha señalado al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los

gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, frente al cual COLPENSIONES hace alusión en su apelación, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha expuesto sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*
>
> *"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*
>
> *"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*
>
> *"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.*
>
> *"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales*

restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA, además debe devolver a COLPENSIONES el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubro que debe ser indexado al momento de su pago; por ende, se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en lo demás habrá de confirmarse. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 18 de julio de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA, además de las sumas dispuestas en la sentencia de instancia, debe devolver a COLPENSIONES el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubro que debe ser indexado al momento de su pago, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **33 2022 00041 01**
Demandante:	MANUEL ENRIQUE GOMEZ SAAVEDRA
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada CAMILA SOLER SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.290.875 y T.P. 352.159 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 12 de julio de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MANUEL ENRIQUE GOMEZ SAAVEDRA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., a fin de declararse que existió vicio en su consentimiento por falta al deber de información a cargo de los fondos privados accionados, se declare la ineficacia de la afiliación que suscribió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. y a los demás fondos demandados y que continúa afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, así mismo que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES los aportes en razón de su vinculación al régimen que administra.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a tener como ineficaz el formulario de afiliación que suscribió y que se encuentra afiliado en el régimen de prima media. Además, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES sus aportes y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 3 de octubre de 1962 y que estuvo afiliado al I.S.S. hoy COLPENSIONES desde 1982 hasta 1994, es decir, por espacio de doce años, hasta cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 23 de septiembre de 1994, bajo la promesa del asesor comercial de que su pensión en ese fondo sería superior a la que le correspondería en el régimen de prima media, que podía pensionarse de manera anticipada y que el ISS sería liquidado, por lo que era mejor cambiarse pues de lo contrario perdería sus aportes. Precisando que el asesor no le explicó cómo se liquidaría la pensión en ese régimen, ni los requisitos que debía cumplir para obtenerla, los beneficios, ventajas y desventajas que le ocasionarían el traslado de régimen.

Relató que en 2002 se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. y en 2005 se trasladó a PORVENIR S.A., fondo en el que actualmente se encuentra afiliado. Además, expuso que solicitó la nulidad o invalidez de su afiliación a las demandadas, pedimento que fue denegado. (f. 6 a 22 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además, lo asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, lo cual se constata con la suscripción del formulario de afiliación.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, 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 y compensación y pago. (archivo 05)

PORVENIR S.A. por su parte contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra, argumentado que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS, así como los posteriores traslados horizontales, fueron completamente válidos, ya que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 06).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, dado que no se aporta prueba alguna que permita inferir la configuración de algún elemento del presunto error o falta al deber de información por parte de

los fondos privados. Adicionalmente, no elevó nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con certeza que hubo una inconformidad por parte del gestor, al contrario, se observa de las documentales arrimadas al informativo se observa que se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen pensional.

Formuló como medios exceptivos los de 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 administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 24 a 62 archivo 07)

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento del actor, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara 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 a COLFONDOS, validez y eficacia del

traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS y la innominada o genérica. (f. 3 a 24 archivo 08)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de julio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor MANUEL ENRIQUE GÓMEZ SAAVEDRA identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.262.708, afiliado el 23 de septiembre de 1994 a COLFONDOS S.A.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que MANUEL ENRIQUE GÓMEZ SAAVEDRA actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de MANUEL ENRIQUE GÓMEZ SAAVEDRA a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del señor MANUEL ENRIQUE GÓMEZ SAAVEDRA al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.*
>
> *QUINTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., PORVENIR S. A. Y PROTECCIÓN S.A., a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a que acuda a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior*
>
> *SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.*
>
> *OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (3) SMLMV a cargo de COLFONDOS*

S.A., UN (1) SMLMV a cargo de PROTECCIÓN S.A., UN (1) SMLMV a cargo de PORVENIR S.A., UN (1) SMLMV a cargo de COLPENSIONES, estos conceptos en favor de la parte demandante. (…)"

Para arribar a esa conclusión, el Juez de primer grado hizo mención a la normativa vigente para la época del traslado de la demandante, esto es, la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, los cuales hacen referencia al deber de información hacia los consumidores financieros.

De igual forma, trajo a colación la jurisprudencia que ha enmarcado la materia, acotando que se le debió brindar a la accionante información referente a las características, diferencias, condiciones, parámetros para acceder a la pensión de vejez y los niveles de riesgos en uno y otro régimen pensional, por lo que no era viable el argumento de que la parte actora debía conocer la Ley 100 de 1993 para suplir la obligación de consentimiento informado radicado en cabeza de la AFP.

En el mismo sentido expresó que, del formulario de afiliación aportado, no se logró acreditar el consentimiento informado del demandante y no obra en el expediente otro documento que dé cuenta de la reunión realizada entre los asesores de COLFONDOS S.A. y el actor. Así mismo, resaltó que la carga probatoria es de quien está en mejor condición de probar el deber legal que le asiste, que en este caso, le corresponde al extremo demandando en virtud de la posición dominante que ostentan en el mercado financiero, no obstante, de los documentos aportados al plenario no se dilucidó el cumplimiento de esta obligación, y del interrogatorio de parte tampoco se evidencia confesión alguna sobre la debida información, la cual era necesaria para que pudiera tomar una decisión informada al momento del traslado de régimen.

En razón de lo anterior, el *a-quo* consideró que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad resulta ineficaz, en consecuencia, dispuso la devolución de los aportes, rendimientos, seguros previsionales, aportes a pensión de garantita mínima, cuotas de administración indexados y demás emolumentos generados durante la afiliación del demandante a los fondos privados, no declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque la sentencia de instancia argumentando que el traslado de régimen del demandante se dio de manera voluntaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como da cuenta el formulario de afiliación, sin que para esa calenda se exigiera otro documento adicional. Por lo que solicita se valore debidamente el interrogatorio de parte del actor, quien dijo saber que estaba afiliado a un régimen de capitalización, en el cual ha permanecido más de veinte años y se ha trasladado a otros fondos.

Acorde con lo anterior, no procede la devolución de los gastos de administración, los seguros previsionales y el aporte de garantía a la pensión mínima indexados, ya que esas sumas fueron descontadas por autorización de la ley, y por el contrario podría genera un enriquecimiento sin justa causa de parte del actor, aunado a que con la devolución de los rendimientos se suple la indexación ordenada.

PORVENIR S.A. en su apelación solicita se revoque la sentencia de instancia, aduciendo que la información debe ser oportuna, por lo que ese requisito no se cumple al momento del traslado, sino hasta el momento en que se esté a diez años de la edad mínima de pensión, oportunidad con la que contó el actor hasta el año 2014, sin que se pueda sostener que el traslado de régimen implica un perjuicio, pues el estatuto financiero señalaba que el posible afiliado debía tener elementos claves para tomar la decisión, por lo que el actor confesó saber características de ambos regímenes pensionales, sin que se puedan exigir proyecciones pensionales.

De otra parte, solicita se revoque la condena relacionada con la restitución de los gastos de administración y seguros previsionales, aduciendo que no se están teniendo que cuenta los rendimientos generados en la cuenta individual del actor son superiores, y de los cuales está beneficiando COLPENSIONES, a razón de un acto jurídico que para el momento en que se realizó estaba revestido de legalidad exigiendo pruebas que no eran exigibles a la fecha del traslado, sin que además se pueda exigir la indexación de las condenas impuestas pues se está imponiendo una doble condena, y menos aún se pueda

ordenar la devolución de los seguros previsionales pues el actor estuvo cubierto ante cualquier contingencia durante su vinculación a ese fondo. Por último, solicita se revoque la condena en costas en tanto no se cumple con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P.

Entre tanto, COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado, bajo el argumento que la ineficacia del traslado se sustenta en una falta al deber de información, el cual se encuentra acreditado con la suscripción del formulario de afiliación, documento que era el único exigible al momento del traslado, sin que se pueda imponer la carga de la prueba a los fondos demandados, pues de lo contrario se vulnera el principio de confianza legítima, sin que se pueda obviar que el demandante ha estado en el régimen de ahorro individual por más de veinte años y se encuentra inmerso en la prohibición de traslado, lo que vulnera el principio de eficiencia pensional.

Finalmente, solicita se revoque la condena en costas al tratarse de un tercero que no tuvo injerencia en el negocio celebrado entre el demandante y COLFONDOS S.A.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que

prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 [...] 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 23 de septiembre de 1994, además que se aportaron los formularios de vinculación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. y a HORIZONTE hoy PORVENIR el 25 de mayo de 2005, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de octubre de 1994, 18 de enero de 1996 y el 1º de julio de 2005, según el reporte SIAFP. (f. 28 archivo 02, f. 26 y 61 archivo 06 y f. 37 y 41 archivo 08).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante MANUEL ENRIQUE GÓMEZ SAAVEDRA en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que en la empresa donde se encontraba laborando arribaron asesores de COLFONDOS, los cuales llevaron a cabo una reunión en la que les ofrecieron pensionarse de forma anticipada con un 110% y que a razón de la crisis que atravesaba el I.S.S., las semanas que tenía allí cotizadas se podían perder, motivos por los cuales se trasladó a ese fondo; igualmente refirió que le dijeron que sus aportes estarían en una cuenta de ahorro individual y que recibiría unos rendimientos y que podía realizar aportes voluntarios y que de no cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez le devolverían los saldos.

En cuanto a su afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., señaló que se dio por un cambio de patrono sin la presencia de un asesor del fondo. Sobre su traslado a PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, narró que se dio por cuanto la empresa manejaba ese fondo, y que requiere retornar a COLPENSIONES porque se siente engañado con la información que le dieron los fondos públicos, precisando que suscribió los formularios de forma libre y voluntaria.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado del demandante, por tanto, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba

que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"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*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. manifiestan su disenso, se debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra*

la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, a *contrario sensu* de los sostenido por COLFONDOS y PORVENIR S.A. en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo

de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. 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.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"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."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la*

exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR y COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esas accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, luce acertada la decisión del *a-quo,* al haber declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, junto con las condenas impuestas en la sentencia objeto de disenso, entre ellas, lo referente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de julio de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 para cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 37 2018 00232 01**
Demandante: LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA
Demandado: COLPENSIONES y FELISA BOHÓRQUEZ
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES y de la señora FELISA BOHÓRQUEZ de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la sentencia proferida fue adversas a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y la señora FELISA BOHÓRQUEZ, a fin de declararse que en calidad de compañera permanente del señor ESTEBAN CANTOR (q.e.p.d.), le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Por consiguiente, se le condene a COLPENSIONES al pago de la prestación en cuantía del 100% a partir del 10 de enero de 2017, junto con el correspondiente retroactivo, cancelación de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el señor ESTEBAN CANTOR (q.e.p.d.), se encontraba afiliado a COLPENSIONES donde cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte un total de 1563.71 semanas, así como que falleció el 10 de enero de 2017.

Que convivió con el causante de manera ininterrumpida por más de 30 años hasta la fecha de su deceso, unión de pareja dentro de la cual se demostraron respeto y fidelidad, tan es así que de dicha unión se procreó una hija de nombre MARÍA ALEXANDRA CANTOR GARCÍA.

Mencionó que se encontraba afiliada al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiaria del señor ESTEBAN CANTOR.

Por último, adujo que solicitó derecho pensional ante COLPENSIONES, el cual le fue negado mediante Resolución No. 245531 del 1º de noviembre 2017, bajo el entendido que a través de la Resolución SUB 21651 del 29 de marzo de 2017 se le había reconocido pensión de sobrevivientes a la señora FELISA BOHÓRQUEZ en un porcentaje del 100%, decisión que fue confirmada por la entidad en sede de apelación mediante la Resolución SUB 245531 del 1º de noviembre de 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda bajo el entendido que no le asiste derecho alguno a la demandante respecto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en la medida que carece de sustento fáctico y jurídico, sumado a

que no se cumplen con los requisitos legales, especialmente el de convivencia dentro de los últimos 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante de conformidad con lo preceptuado en la Ley 797 de 2003.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

En este punto, pertinente resulta que la Sala ponga de presente que en el transcurrir del trámite procesal la parte demandante allegó copia del registro civil de defunción de la señora FELISA BOHÓRQUEZ, la cual ocurrió el 28 de agosto de 2019 (PDF 20 – MEMORIAL).

Lo anterior conllevó a que el Juzgado *a-quo* dispusiera continuar el trámite procesal correspondiente con los herederos indeterminados de la fallecida señora FELISA BOHÓRQUEZ por cuanto, a pesar de efectuar las investigaciones, no se encontró heredero determinado alguno, lo que a su vez conllevó a que fuese surtido el correspondiente emplazamiento en el Registro de Personas Emplazadas con que cuenta la Rama Judicial, así como nombrar curador *ad litem* respecto de los herederos indeterminados.

En virtud de ello, el curador *ad litem* indicó en su contestación de demanda desconocer la veracidad de los hechos del escrito demandatorio, pues no tuvo conocimiento de la existencia de los mismos, por lo que se abstuvo a lo que resultase probado dentro del trámite procesal. Propuso la excepción genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de noviembre de 2022 declaró que la demandante señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de

sobrevivientes causada por el fallecido señor ESTEBAN CANTOR (q.e.p.d.), en su calidad de compañera permanente, prestación compartida porcentualmente con la señora FELISA BOHÓRQUEZ en el 50% hasta el 28 de agosto de 2019; luego de ello, le corresponderá el acrecimiento del 100% respecto del valor de la mesada pensional.

Igualmente, condenó a COLPENSIONES reconocer y pagar a favor de la actora señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA el retroactivo pensional en la suma de $52.827.200 por el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2017 y el mes de octubre de 2022 y sobre 14 mesadas pensionales al año sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, autorizando a su vez a la encartada efectuar los correspondientes descuentos en salud.

Asimismo, condenó a la entidad al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas pensionales causadas en los porcentajes determinados, efectivos a partir del 18 de enero de 2018 y hasta que se sufrague la obligación, así como el pago de costas procesales también en contra de la encartada.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia que el causante señor ESTEBAN CANTOR falleció el 10 de enero de 2017 conforme da cuenta el registro civil de defunción, de allí que el estudio de la pensión por sobrevivencia deba analizarse bajo la égida de que tarta el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, así como que al fallecido el extinto ISS a través de la Resolución 41163 del 27 de agosto de 2009 le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 2009, la cual a la anualidad 2017 correspondía a la suma de $737.717, esto es, el valor de un S.M.L.M.V.

Seguidamente, expuso que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, exige como requisito para la compañera permanente supérstite acreditar el tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte del pensionado fallecido, así como que también exige que a la fecha del deceso cuente con 30 o más años de edad.

En igual sentido, refirió que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 1651 del 29 de marzo de 2017 reconoció la prestación solicitado en porcentaje del 100% a favor de la señora FELISA BOHÓRQUEZ en calidad de compañera permanente del causante.

Indicó que analizado el caudal probatorio acreditado al plenario por la demandante señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA, la misma logró probar su calidad de compañera permanente con el causante señor ESTEBAN CANTOR mediante un acompañamiento mutuo como pareja, compromiso y apoyo, convivencia que se demostró por espacio superior a los 5 años anteriormente al fallecimiento preceptuados en la normatividad vigente para el análisis del asunto de marras, más exactamente desde el año de 1988 hasta la fecha del deceso.

Reiteró el *a-quo* que frente a la señora FELISA BOHÓRQUEZ, COLPENSIONES ya había acreditado su calidad de compañera permanente mediante la Resolución SUB 1651 del 29 de marzo de 2017, acto administrativo que se encuentra revestido de legalidad bajo el entendido que se parte de la premisa en que se llevó a cabo el estudio pensional por COLPENSIONES, concluyendo entonces una convivencia compartida entre las compañeras permanentes, convivencia que por demás al haber resultado simultánea fue por lo que determinó el derecho pensional en un 50% para cada una, derecho pensional que se acrecentará a favor de la demandante sobre un 100% a partir del 28 de agosto de 2019 teniendo en cuenta el fallecimiento de la señora FELISA BOHÓRQUEZ.

En lo que concierne a los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, argumentó el operador de instancia su procedencia por cuanto COLPENSIONES no resolvió en tiempo y de fondo la solicitud pensional que elevase la demandante señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA, los cuales operan a partir del 18 de enero de 2018 teniendo en cuenta el periodo de gracia de que trata el artículo 33 de la mentada Ley 100, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, tópico que conlleva a su vez a que no haya lugar a fulminar condena por concepto de indexación.

Finalmente, determinó que no operó el fenómeno prescriptivo trienal con ocasión a ninguna de las mesadas pensionales por sobrevivencia reconocidas a la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en lo concerniente al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por cuanto el derecho de la aquí demandante no se llevó a cabo en su momento teniendo en cuenta que el interés del derecho perseguido era únicamente de la misma actora, máxime si se llevó a cabo edicto emplazatorio por el término de un mes luego del fallecimiento del causante, con la finalidad de que las personas que se sintieran con derecho reclamaran para solicitar la prestación, tiempo que una vez finalizado no tuvo comparecencia por parte de la señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA.

También destacó resultar impróspera dicha condena en tanto el análisis que en su momento se llevó a cabo sobre el derecho de la demandante se ajustó a derecho, máxime si del expediente administrativo del causante se advertía una relación de pareja, pero únicamente con la fallecida señora FELISA BOHÓRQUEZ, concluyendo así que para la época existió una causa objetiva para no llevar a cabo la concesión del derecho pensional de la actora.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en lega forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, sumado a que el asunto también se estudia en el grado jurisdiccional de consulta, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si a la aquí demandante señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA le asiste derecho en calidad de compañera permanente al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor ESTEBAN CANTOR (q.e.p.d.).

De salir avante lo anterior, deberá determinarse acerca del porcentaje a reconocer, así como de la procedencia o no de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 respecto de COLPENSIONES.

a. De la calidad de pensionado:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub-examine*, es menester que la Sala precise que no fue objeto de reproche que al causante señor ESTEBAN CANTOR (q.e.p.d.), el extinto ISS mediante Resolución No. 041163 de 2009 le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 2009 y sobre 14 mesadas pensionales al año según se desprende del expediente administrativo acreditado al plenario, prestación que para el año 2017 ascendió a la suma de $737.717 como da cuenta la Resolución SUB 455531 del 1º de noviembre de 2017 (Fls. 48 a 52 – PDF 01 ESCRITO DE DEMANDA).

Que el señor ESTEBAN CANTOR falleció el 10 de enero de 2017 como lo advierte copia del registro civil de nacimiento (Fl. 21 – PDF 01 ESCRITO DE DEMANDA).

Tampoco el hecho que mediante Resolución SUB 21651 del 29 de marzo de 2017, a la señora FELISA BOHÓRQUEZ le fue reconocido por parte de COLPENISONES pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente a razón del fallecimiento del señor ESTEBAN CANTOR, la cual se otorgó a partir del 10 de enero de enero de 2017 y sobre el 100%. Asimismo, el hecho que la señora FELISA BOHÓRQUEZ falleció en el transcurrir de este trámite, más exactamente el 28 de agosto de 2019 (PDF 20 MEMORIAL).

Que a la aquí demandante señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA le fue negada por parte de COLPENSIONES la pensión de sobrevivientes perseguida a través de las Resoluciones SUB 245531 del 1º de noviembre de 2017 y DIR 22040 del 1º de diciembre de 2017, argumentándose por parte de la entidad el hecho que en su momento la única que había solicitado en tiempo el pago de la prestación fue la señora FELISA BOHÓRQUEZ (Fls. 47 a 52 y 60 a 65 – PDF 01 ESCRITO DE DEMANDA).

b. De la pensión de sobrevivientes:

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo que, para el presente evento refiere a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en virtud a que el fallecimiento del causante señor ESTEBAN CANTOR (q.e.p.d.), sucedió el 10 de enero de 2017 como da cuenta la copia del Registro Civil de Defunción.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca".*

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"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;

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «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» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

"Así, la convivencia real y efectiva 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 común. Lo anterior, excluye 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".

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la cónyuge el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además no se hace necesaria acreditar que la ayuda

mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

> *"Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:*
>
> *"Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante.*
>
> *"[…]*
>
> *"Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.*
>
> *"Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019)."*

Contrario al caso de la cónyuge, la compañera permanente debe acreditar los cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, así lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades,

entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

> *"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.*
>
> *"Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."*

c. Del caso en concreto:

Sobra resaltar, además, que la señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA en calidad de compañera permanente, a la fecha del deceso del causante señor ESTEBAN CANTOR acreditaba más de 30 años de edad como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía, como quiera que nació 28 de abril de 1959; circunstancia por la cual, procede la Sala a realizar el análisis exhaustivo del caudal probatoria en miras a determinar los derechos deprecados por ambas señoras.

Para el efecto, se advierte que en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte de la señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA, quien indicó que inició convivencia con el causante desde el año de 1988, tan es así que de dicha unió procrearon una hija.

Que en todo momento compartieron techo, lecho y mesa, así como que el causante siempre fue conductor de bus intermunicipal. Resaltó tener conocimiento que el causante tuvo una hija con la señora FELISA BOHÓRQUIEZ, pero sin que esta última hubiese tenido convivencia alguna con el fallecido.

Agregó que el causante señor ESTEBAN CANTOR sufría de diabetes, lo que conllevó a que para el mes de febrero de 2016 tuviese que ser internado en una clínica, siendo cuidado por ella y por sus dos hijas. Expuso también que al causante le dieron de alta a finales del año 2016, y fue allí cuando la señora FELISA BOHÓRQUEZ y su hija se lo llevaron con ellas hasta la fecha de su fallecimiento.

La testigo BEATRÍZ QUINTANA FERRER por su parte refirió que conoció a la demandante como pareja del causante aproximadamente desde el año 1988 cuando la pareja llegó a convivir a una casa ubicada que contenía varios apartamentos en el barrio La Primavera, de allí que fueran vecinos. Que en esa casa fue que la pareja en su unión procreó una hija, al igual que tiene conocimiento que el causante era conductor de bus intermunicipal.

Expuso que ella como testigo se fue del barrio después de 5 años, regresando nuevamente en el año 1996 cuando volvieron a ser vecinos, percibiendo que la pareja en todo momento permaneció junta. Que el causante falleció a causa de una diabetes y fue la demandante quien en todo momento lo acompañó.

El testigo JUAN CARLOS VALDERRAMA CLAROS adujo que es conductor y conoció tanto al causante como a la demandante por cuanto eran pareja y tuvieron una hija, así como que el fallecido también era conductor. Puntualizó que conoció a la pareja desde el año 1990.

Que él visitó en la clínica al causante en compañía de la demandante, así como que a este último lo trasladaron a Zipaquirá y cuando falleció lo enterraron en Chía. Que en todo momento vio a la pareja junta, teniendo conocimiento también que el causante a parte de la hija que tenía con la demandante, tenía otra hija.

Por otra parte, en tratándose de pruebas de carácter documental, yacen declaraciones rendidas por JUAN CARLOS VALDERRAMA y BEATRÍZ QUINTANA FERRER los días 21 y 22 de julio de 2017 respectivamente. El primero refirió conocer a la demandante desde hacía 25 años, quien convivía con el causante

compartiendo techo, lecho y mesa hasta la fecha del fallecimiento del señor ESTEBAN CANTOR, mientras que la segunda expuso que conoció a la pareja en las mismas condiciones al primer testigo, pero desde aproximadamente 30 años (Fls. 24 a 30 – PDF 01 ESCRITO DE DEMANDA).

También milita la declaración extraproceso que rindiera el causante señor ESTEBAN CANTOR el 28 de septiembre de 2006, en la que refirió que vivía en unión marital de hecho con la demandante desde aproximadamente 20 años (Fls. 22 a 23 – PDF 01 ESCRITO DE DEMANDA).

Al unísono, yacen certificación expedida por la EPS FAMISANAR el 24 de julio de 2017 en la que se indica que la demandante señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA registraba en su calidad de compañera beneficiaria del señor ESTEBAN CANTOR por el periodo comprendido entre el 26 de septiembre de 2006 y el 9 de enero de 2017.

Así las cosas y teniendo en cuenta la decisión de primera instancia, en efecto puede colegirse que la aquí demandante en calidad de compañera permanente del causante, logró acreditar una convivencia entrañable, revestida de afecto y compañía permanente con el fallecido señor ESTEBAN CATOR (q.e.p.d.), dentro de los últimos cinco años inmediatamente al deceso.

Nótese que los testimonios rendidos por BEATRIZ QUINTANA FERRER y JUAN CARLOS VALDERRAMA CLAROS fueron contestes en precisar una convivencia continua en el tiempo entre la pareja por lo menos desde el año 1990, sin que hubiese existido una separación en algún momento hasta la fecha del deceso del señor ESTEBAN CANTOR, especialmente el tiempo exigido en la ley para la adquisición del derecho prestacional perseguido, dichos que por demás concuerdan en tiempo con las declaraciones extraproceso que también rindieron dichos sujetos, de allí que se les pueda asignar plena credibilidad.

Además, no puede pasarse por alto la convivencia que de antaño unió a la pareja teniendo en cuenta la declaración rendida por el causante en el año 2006, que a

su vez se acompasa con la certificación expedida por la EPS FAMISANAR que denota la unión de la pareja hasta la fecha del deceso del causante, aspectos todos que conllevan a que se haya constituido el derecho prestacional de la señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA.

Ahora bien, en lo que respecto al derecho pensional de la señora FELISA BOHÓRQUEZ, la misma acreditó su calidad de compañera permanente, tan es así que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 21651 del 29 de marzo de 2017 al probar allí y conforme se desprende del expediente administrativo, declaraciones extra proceso de ELVIA GONZÁLEZ DE VALBUENA, ARMANDO ARTURO SOTO VANEGAS y JOSÉ ANTONIO DÍAS, quienes relataron en forma concordante conocer la unión como pareja de la señora FELISA BOHÓRQUEZ y el causante por un interregno de 45 a 55 años donde se procreó una hija.

Bajo este escenario y como lo determinó el *a-quo*, la Resolución SUB 21651 del 29 de marzo de 2017 que expidiera la entidad encartada se encuentra revestida de legalidad por cuanto para el otorgamiento del derecho pensional en su momento, se llevaron a cabo las investigaciones e intervenciones de rigor que le correspondía a COLPENSIONES.

En tal sentido, puede colegirse la configuración de una convivencia compartida de compañeras permanentes para con el causante, resulta lógico que el porcentaje a reconocer la prestación sea de un 50% para cada una a partir del 10 de enero de 2017, máxime si este punto no fue objeto de reproche en la alzada.

En este punto, pertinente también se debe reiterar que la señora FELIZA BOHÓRQUEZ falleció el 28 de agosto de 2019 como se advirtió del registro civil de defunción (PDF 20 – MEMORIAL), de allí que resultase ajustado a derecho lo determinado por el Juez de instancia en acrecentar en un 100% la mesada pensional de la señora LUZ EUGENIA GARNICA PEÑA a partir del 29 de agosto de 2019, retroactivo respecto del cual se le autorizará a COLPENSIONES a efectos efectuarse los correspondientes descuentos en salud.

d. Del pago de los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

En tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

> *"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:*
>
> *El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:*
>
> *A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.*
>
> *Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).*
>
> *En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.*
>
> *Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."*

Bajo esta exégesis, a criterio de la Sala la condena por concepto de intereses moratorios impuestos en primer grado habrá de confirmarse, en la medida que el argumento referido por COLPENSIONES a través de las Resoluciones SUB

245531 del 1º de noviembre de 2017 y DIR 22040 del 1º de diciembre de 2017, en el sentido de que la única persona que había solicitado en tiempo el pago de la prestación luego de que se hubiese surtido el correspondiente emplazamiento respecto del deceso del causante fue la señora FELISA BOHÓRQUEZ, tal tópico demuestra a creces el retardo injustificado de la entidad.

Sumado a ello, al haber reconocido el *a-quo* los intereses moratorios a partir del 18 de enero de 2018, esto es, dentro del término de 4 meses con posterioridad a la reclamación administrativa que elevara la actora que lo fue el 18 de septiembre de 2017, tal aspecto será confirmado.

e. De la excepción de prescripción:

De conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., conforme de determinó en primer grado la excepción de prescripción formulada por la entidad no goza de prosperidad, en razón a que, teniendo en cuenta el término trienal de que trata el fenómeno prescriptivo, el causante falleció el 10 de enero de 2017, lo que conllevó a que la actora presentara reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 18 de septiembre de 2017.

Seguidamente, COLPENSIONES expidió la Resolución SUB 245531 del 1º de noviembre de 2017, la cual fue objeto de apelación por la demandante y que fuese resuelto a través de la Resolución DIR 22040 del 1º de diciembre de 2017, última que se notificó al actor 24 de enero de 2018, presentándose la demanda el 10 de abril de 2018, situaciones todas que a creces demuestra que todos los sucesos narrados sucedieron en un interregno no superior a 3 años; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por cuanto el recurso de apelación interpuesto no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 37 2021 00493 01**
Demandante:	MARÍA ELCY CARVAJAL DE CHAUX
Demandado:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA ELCY CARVAJAL DE CHAUX promovió demanda ordinaria en contra de la UGPP, con la finalidad de que se le condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge con ocasión del fallecimiento del señor ORLANDO CHAUX COLLAZOS, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad, junto con el retroactivo sobre 14 mesadas pensionales al año desde el mes de septiembre de 1977, fecha de fallecimiento del causante.

Igualmente, se le condene a la encartada al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 18 de julio de 1973 contrato matrimonio por el rito católico con el señor ORLANDO CAHAUX COLLAZOS (q.e.p.d.). Que al momento del matrimonio el causante laboraba al servicio de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO en el cargo de Jefe de Cartera.

Reseñó que de la unión matrimonial con el causante nació la joven de nombre KERLY LUCERLY CHAUX CARVAJAL, actualmente mayor de edad, así como que el señor ORLANDO CHAUX COLLAZOS en ejercicio de sus funciones, el 27 de septiembre de 1977 fue asesinado en el Departamento del Caquetá, calenda última en que había laborado al servicio de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO por espacio de 5 años, 7 meses y 2 días, puesto que había ingresado el 25 de febrero de 1972.

Expuso que el 6 de diciembre de 2017 solicitó ante la encartada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor, prestación que fue negada mediante Resolución RDP 009359 del 14 de marzo de 2018 bajo el argumento que el causante no había dejado causado el derecho por cuanto no laboró 20 años, decisión que fue confirmada en las Resoluciones RDP 015363 del 30 de abril 2018 y RDP 021625 del 13 de junio de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes deprecada, en tanto, el Decreto 3041 de 1966 solo tiene efectos jurídicos vinculantes para los afiliados al ISS.

Asimismo, refirió que se encuentra probado que el causante se encontraba afiliado a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, entidad que no se rige por las normas propias del ISS, siendo entonces improcedente el reconocimiento de la prestación.

De otro parte, expuso que tampoco puede perderse de vista que el señor ORLANDO CHAUX COLLAZOS falleció el 27 de septiembre de 1977, de allí que la normativa vigente y aplicable para dicha data es la Ley 33 de 1973 y la Ley 12 de 1975; no obstante, esos preceptos normativos no contemplaban la pensión de sobrevivientes, sino que disponían la sustitución pensional, para lo cual era necesario acreditar que el causante hubiese prestado sus servicios por un término de 20 años, requisito que no se cumple dentro del presente asunto.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de indexación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, prescripción, improcedencia de condena en costas y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probado el medio exceptivo denominado inexistencia del derecho y de la obligación.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el fallador de instancia que, no fue objeto de discusión que en efecto el señor ORLANDO CHAUX COLLAZOS laboró al servicio de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO desde el 25 de febrero de 1972 hasta el 27 de septiembre de 1977, ostentando el cargo de trabajador oficial en la medida que la referida Empresa se catalogó como Industrial y Comercial del Estado, donde desempeñó el cargo de Jefe de Cartera, así como que el mismo falleció el 27 de septiembre de 1977.

También expuso que durante el periodo laborado por el fallecido, no se produjo afiliación a caja de previsión o algún régimen administrado por el entonces ISS, adicional al hecho que asentó que teniendo en cuenta el análisis desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para aquellos trabajadores de entidades públicas fallecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, les resulta aplicable lo dispuesto por la Ley 33 de 1973 y la Ley 12 de 1975, criterio que se atiendo también a la luz de lo dispuesto por el artículo 16 del C.S.T., normativas que no ostentaban la prestación por sobrevivencia, sino la indemnización sustitutiva.

Expuso también que el precedente jurisprudencial ha enfatizado la especial necesidad de afiliación al ISS para el estudio pensional a la luz del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO tenía afiliados a sus trabajadores al ISS desde el año de 1967, de allí que la omisión que se presentó al no afiliar al fallecido señor ORLANDO CHAUX COLLAZOS, es porque no debe recaer la carga probatoria respecto de ella como demandante, sino por el contrario frente a la entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si le asiste derecho a la aquí demandante señora MARÍA ELCY CARVAJAL DE CHAUX al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor ORLANDO CHAUX ZOLLAZOS (q.e.p.d.), ello de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad.

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje del planteamiento jurídico a dilucidar, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que la demandante señora MARÍA ELCY DE CHAUX y el fallecido señor ORLANDO CHAUX COLLAZOS contrajeron matrimonio el 6 de julio de 1973 como da cuenta la copia del registro civil de matrimonio (Fl. 13 – PDF 03 DEMANDA Y ANEXOS).

(ii) Que el señor ORLANDO CHAUX COLLAZOS (q.e.p.d.), falleció el 27 de septiembre de 1977 según se advierte de la copia del registro de defunción (Fl. 14 – PDF 03 DEMANDA Y ANEXOS).

(iii) Que el fallecido señor ORLANDO CHAUX COLLAZOS laboró al servicio de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO en calidad de trabajador oficial por el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 1972 y el 27 de septiembre de 1977, desempeñando como último cargo el de Jefe de Cartera (Fls. 26 a 27 – PDF 03 DEMANDA Y ANEXOS).

(iv) Que se encuentra acreditado que el tiempo laborado por el causante al servicio de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO no fue cotizado al extinto ISS ni a alguna administradora de fondos pensionales como así lo informó LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO –

OFICINA DE BONOS PENSIONALES a través de comunicado calendado el 28 de septiembre de 2018 (Fls. 35 a 37 – PDF 03 DEMANDA Y ANEXOS).

Así las cosas, como ya se hizo hincapié, la demandante pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge del causante de conformidad con lo estatuido en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad.

En este punto, primeramente, pertinente resulta poner de presente que en tratándose de pensiones por sobrevivencia, pacífica ha sido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en precisar que la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al acaecimiento de aquel hecho, siendo una de ellas la sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021.

Bajo esta égida, al haber fallecido el señor ORLANDO CHAUX COLLAZOS el 27 de septiembre de 1977, para esa anualidad como lo sostuvo la UGPP en el escrito de contestación, se encontraba vigente la aplicabilidad de las prerrogativas dispuestas en la Ley 33 de 1973 y la Ley 12 de 1975, las cuales no gozaban de beneficios prestacionales para pensiones de sobrevivientes, sino en caso de una sustitución pensional, disposiciones normativas que por demás debían ser aplicadas a los trabajadores de carácter oficial como era el caso del señor ORLANDO CHAUX; circunstancia por la cual, palmario resulta que el causante no se encontraba pensionado y de allí que resulte inaplicable el requisito pensional argüido.

En este punto, el órgano de cierre también precisó en un asunto de similares contextos fácticos, la necesaria aplicabilidad de los requisitos dispuestos en la Ley 33 de 1975 y Ley 12 de 1975:

> *"Como ya se dejó anunciado, el ad quem cometió el dislate jurídico que le imputa la impugnante, en la medida en que, inexplicablemente, no convocó a producir efectos a la norma legal que estaba llamada a servir como instrumento jurídico para dilucidar la controversia*

existente entre las partes, que no es otra que la Ley 12 de 1975, la cual, en punto a la temática debatida modificó la previsión del Acuerdo 224 de 1966 y facilitó el incremento de la proporción percibida por los beneficiarios que se encuentren en el mismo nivel y solo a los de un grado diferente cuando se extingan totalmente los integrantes de un determinado grupo.

Así lo explicó en forma detallada la Sala de Casación Laboral en sentencia CSL SL6079-2014, rad. 37169, mayo 14. Para una mejor comprensión, se trascribe a espacio el pasaje pertinente de dicho pronunciamiento:

En torno a tal tema, esta Sala de la Corte asentó que, en materia de acrecimientos pensionales, los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales y, concretamente, el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, deben entenderse modificados por las previsiones incluidas en la Ley 33 de 1973. Dijo la Corte en este aspecto:

De conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 33 de 1973 las viudas tienen derecho a la sustitución pensional total vitalicia a la que tenía derecho su cónyuge y no al 50% de que trata el artículo 21 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del I.C.S.S., aprobado por el Decreto 3041 de 1966, pues tal norma fue modificada tácitamente por el artículo 1 de dicha Ley.

[…]

Los hechos anteriores indican que la demandante en su calidad de viuda y único beneficiario tiene derecho a gozar de una pensión sustitutiva vitalicia en cuantía de $5.656.24, a partir de la fecha del fallecimiento de su cónyuge enero 1º de 1975. Sentencia del 8 de octubre de 1979. Rad. 5870, Sección Segunda. Acta No. 41.

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 33 de 1973, «Si concurrieren cónyuges e hijos la mesada pensional se pagara, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.» Asimismo, dispone la norma que "La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital".

En igual sentido, el artículo 3 de la Ley 12 de 1975 prevé que el "Cónyuge supérstite e hijos que concurrirán por mitades, con derecho a acrecer cuando falte uno de los órdenes o se extinga su derecho, lo propio que los hijos entre sí".

Ahora bien, una lectura apropiada de las citadas disposiciones permite comprender que existe una suerte de gradación de los

acrecimientos, en tratándose del cónyuge y de los descendientes, de la siguiente forma:

i) En primer lugar, si el orden de beneficiarios hijos subsiste, únicamente resulta dable incrementar el derecho a la pensión de sobrevivientes en el interior del respectivo orden. Es decir, cualquier extinción de la fracción de uno de los descendientes debe mejorar la de los restantes, que integran el mismo orden. Por ello las disposiciones en cita prescriben un acrecimiento de «los hijos entre sí».

ii) En segundo lugar, una vez extinguido el orden de hijos en su totalidad, cuando no existe por lo menos uno de ellos, opera un acrecimiento entre diferentes órdenes, en este caso de la cónyuge sobre el 100% de la prestación. La norma habla en este punto de un «(…) derecho a acrecer cuando falte uno de los órdenes».

Con lo anterior se quiere significar que si existen dos descendientes, como en este caso, cuando cesa el derecho de uno de ellos, el acrecimiento debe darse hacia el otro, en la medida en que el orden no ha fenecido en su totalidad. Asimismo, una vez se extinga plenamente el orden, la cónyuge podría extender su derecho al 100% de la prestación, acudiendo a la segunda probabilidad planteada.

En el presente evento, para el momento de la presentación de la demanda – 19 de noviembre de 2003 -, de acuerdo con los mismos hechos que allí se exponen, persistía otro descendiente con derecho a la pensión de sobrevivientes diferente del señor LUIS FERNANDO ARENAS QUINTERO, esto es, la señora ANA LUCÍA ARENAS QUINTERO.

El derecho de dicha beneficiaria fue ratificado mediante decisión judicial (fls. 117 a 125) y pagado por el Instituto de Seguros Sociales a través de la Resolución No. 12300 del 27 de octubre de 2003, que ordenó girarle el retroactivo causado hasta el 31 de octubre de 2003, así como el pago de la mesada hasta cuando cumpliera la edad de 25 años, bajo la condición de que acreditara estudios (fls. 107 y 108).

Así las cosas, al permanecer vigente el orden de beneficiarios descendientes, la extinción del derecho del señor LUIS FERNANDO ARENAS QUINTERO generaba un acrecimiento a favor de su hermana ANA LUCÍA ARENAS QUINTERO y no a favor de la actora, quien solo tendría derecho a incrementar su prestación cuando fenezca en su totalidad el orden de hijos, supuesto que como ya se dijo, para el momento de la presentación de la demanda, no se había verificado.

De acuerdo con los supuestos desarrollados en líneas precedentes, el Tribunal no pudo haber violado por infracción directa los artículos 8 del Decreto 1889 de 1994; ni 46, 47 y 48 de la 100 de 1993, porque

dicha normatividad no resultaba aplicable al caso, y aunque incurrió de la aplicación indebida del artículo 28 del Acuerdo 049 de 1990, dicha violación resulta intrascendente para la decisión, puesto que de haber aplicado la normatividad que sí resultaba aplicable, esto es, como se vio, los artículos 2 de la Ley 33 de 1973 y 3 de la Ley 12 de 1975, que modificaron el Acuerdo 224 de 1966, en ese aspecto, se llegaría al mismo resultado, pues mientras existan hijos del causante como beneficiarios de la pensión, el acrecimiento los afecta a ellos y no al cónyuge, y solo a falta de éstos es que opera para éste el derecho reclamado."

De otra parte, como ya se adujo, estima procedente la demandante para la prestación deprecada la aplicabilidad del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, en tanto arguye la negligencia en su momento por parte de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO frente a la afiliación al ISS del fallecido.

Para tal efecto, es menester que este cuerpo colegiado indique que el Acuerdo 224 de 1966 y que fuese aprobado por el Decreto 3041 de esa anualidad *"Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte"*, como allí se precisa gravita en torno a la aplicabilidad de aquellos afiliados al mismo.

Ahora bien, ha sido clara la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema que, para la aplicabilidad de la pensión de sobrevivientes bajo el beneficio de este escenario normativo, era necesario que el trabajador se encontrase afiliado al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, así lo recalcó en forma precisa desde la sentencia SL12020-2016, Radicación No. 48081 del 10 de agosto de 2016, mediante la cual expuso:

"Ahora, la tesis que alega la censura según la cual la pensión de sobrevivientes prevista en el A. 224/1966, en situaciones anteriores a la L.100/1993, debe cobijar a todos los trabajadores particulares, sin importar si se encontraban o no afiliados al Seguro Social, no es de recibo, en la medida que esas disposiciones cubrían de manera exclusiva a sus afiliados o asegurados, bajo normas específicas y concretas establecidas en los reglamentos del ISS, no así a quienes se encontraban vinculados a otras cajas de seguridad social al amparo de otras disposiciones que algunas veces

podían ser más flexibles y en otras más exigentes pero en todo caso diferentes, a cargo de entidades distintas, unas bajo reglas de cotizaciones y otras simplemente cimentadas en tiempos servidos, etc."

Inclusive tal posición jurisprudencial se encuentra enmarcada en la actualidad, como así se refirió en la sentencia SL1018-2023, Radicación No. 93973 del 27 de marzo de 2023, en la que se puntualizó:

"Incluso, no está de más puntualizar que el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, protege las a los trabajadores que estuviesen afiliados al ISS, que se encontraran laboralmente activos y efectuaran aportes al sector privado en el instituto, lo que impone concluir que no gobiernan la situación del sub lite.

Así se dijo en sentencia CSJ SL12028-2016, reiterada en la CSJ SL4033-2020, en donde se esgrimió que tal normativa solo puede cubrir a los afiliados o asegurados al Instituto de Seguros Sociales, de modo que no regulan las situaciones de aquellos que se encontraban vinculados a otras cajas de previsión al amparo de otro tipo de normativas, como sucede en este asunto. En concreto, la primera de las referidas indicó:

[…] la tesis que alega la censura según la cual la pensión de sobrevivientes prevista en el A. 224/1966, en situaciones anteriores a la L.100/1993, debe cobijar a todos los trabajadores particulares, sin importar si se encontraban o no afiliados al Seguro Social, no es de recibo, en la medida que esas disposiciones cubrían de manera exclusiva a sus afiliados o asegurados, bajo normas específicas y concretas establecidas en los reglamentos del ISS, no así a quienes se encontraban vinculados a otras cajas de seguridad social al amparo de otras disposiciones que algunas veces podían ser más flexibles y en otras más exigentes pero en todo caso diferentes, a cargo de entidades distintas, unas bajo reglas de cotizaciones y otras simplemente cimentadas en tiempos servidos, etc."

Es por ello que al no haberse configurado la afiliación al ISS, tampoco resulta de asidero la postura de la demandante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, situaciones todas que conllevan a que la sentencia de primera instancia se confirme en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el recurso de apelación no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de $300.000 a favor la parte demandada, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **38 2021 00314 01**
Demandantes:	LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ y MARGARITA BARBOSA BELTRAN
Demandado:	FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

El presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida el 27 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Las señoras LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ y MARGARITA BARBOSA BELTRAN promovieron demanda ordinaria laboral en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a fin de que se le condene al reconocimiento y pago en favor suyo de la sustitución pensional vitalicia que venía disfrutando el causante HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d), a partir del 18 de mayo del 2019, junto con el pago de los intereses moratorios en razón de la mora en el reconocimiento del derecho prestacional y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirieron haber convivido de manera pacífica y consensuada con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d), desde el 24 de diciembre de 1989 hasta el 18 de mayo del 2019, tan es así que inclusive se encuentran conformes en repartir la sustitución pensional en proporción al tiempo en la que cada una demuestre su convivencia, al igual que expusieron que desarrollaron su relación marital en la misma casa, pero en habitaciones separadas.

Que el causante al momento de su deceso dejó causada una pensión restringida de jubilación de la extinta empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, la cual fue otorgada a partir del 5 octubre de 2015, calenda en que cumplió 60 de edad, mediante Resolución No 0212 del 18 de febrero del 2016 y en cuantía inicial de $821.197.17.

Por otro lado, refirieron que el causante falleció el 18 de mayo del 2019. Se adujo que la demandante LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ inició su vida marital con el causante de manera pública, constante, permanente e ininterrumpida desde el 1° de mayo de 1972 hasta la data del fallecimiento, periodo en el que procrearon seis hijos: GERARDO, VICTOR FREDY, HECTOR IVAN, JOSE ALEXANDER, LUIS ALBEIRO y HECTOR MAURICIO CARVAJAL GUERRERO, quienes son mayores de 25 años y plenamente capaces.

Asimismo, manifestó haber ejercido el oficio de ama de casa durante el transcurso de su convivencia, por lo que dependió económicamente de su difunto compañero.

Por otra parte, se refirió que la demandante MARGARITA BARBOSA BELTRAN inició vida de pareja con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA desde el 24 de diciembre de 1989 también de manera pública, constante, permanente e ininterrumpida hasta la fecha del fallecimiento, periodo en el cual concibieron 4 hijos: SANDRA YANET, LUIS HECTOR, EINA MARCELA y DIEGO FERNANDO CARVAJAL BARBOSA, quienes son personas mayores de edad, capaces y autosuficientes económicamente. De igual manera, argumentó haber ejercido como ama de casa.

Las accionantes afirmaron haber compartido el mismo lecho y mesa con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d) desde el 24 de diciembre de 1989 hasta el 18 de mayo del 2019, fecha en la que falleció debido a causas naturales. Igualmente, manifestaron haber estado siempre pendientes de su pareja en común hasta su deceso, por lo que para dicha data ya ostentaban más de 30 años de edad.

En últimas, refirieron que solicitaron al extremo demandado el reconocimiento de la sustitución pensional de forma vitalicia, pedimento que fue denegado por la entidad mediante resolución No 0613 del 5 de mayo del 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó la demanda, aduciendo que en sede administrativa no quedó acreditada la verdadera beneficiaria de la prestación, por lo tanto, no se tenía claridad de quien o quienes eran los receptores de la pensión de sobrevivientes, siendo así necesario acudir a la justicia ordinaria con la finalidad de que se dirimiera lo pertinente.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, cobro de lo no debido e indexación de la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de enero del 2023 resolvió:

> *"**PRIMERO: ORDENAR** a la demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconocer y pagar a las demandantes LUZ MARINA GUERRERO RODRÍGUEZ y MARGARITA BARBOSA BELTRAN, la pensión de sobrevivientes en condición de compañeras permanentes supérstites del pensionado HÉCTOR CARVAJAL QUINCHÍA, a partir del 19 de mayo de 2019, en porcentajes del 62.5% y 37.5% de la mesada pensional que en vida percibía el causante, respectivamente, lo anterior, sin perjuicio del acrecimiento que pueda generarse con ocasión de la pérdida del derecho de alguna de las beneficiarias en su momento.*

Del retroactivo de mesadas pensionales que proceden, deberán ser indexadas tomando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la fórmula:

(INDICE FINAL/ INDICE INICIAL) x VALOR HISTÓRICO (correspondiente a cada mesada pensional insoluta) = = VALOR INDEXADO

Así, como índice inicial se deberá tomar el del mes de causación de cada mesada pensional y como índice final, el de la fecha en que se verifique el pago por parte de la accionada.

***SEGUNDO:** AUTORIZAR al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que del retroactivo de mesadas pensionales indexadas a las que tienen derecho las demandantes, descuente, en el porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes con destino al Sistema de seguridad social en salud.*

***TERCERO:** ABSOLVER a la demandada de las suplicas de la demanda, relacionadas con el reconocimiento de intereses moratorios*

***CUARTO:** EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas y frente a la absolución producida, se considera relevado del estudio de las propuestas.*

***QUINTO:** SIN COSTAS en la instancia.*

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

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* adujo no ser objeto de disputa el estatus pensional del señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d); por ende, conforme a lo deprecado por el órgano de cierre de esta jurisdicción, la normativa aplicable para determinar el reconocimiento del derecho pensional de sobrevivencia debía ser la vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, siendo necesario aplicar en el presente caso las previsiones legales contenidas en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003 como quiera que el causante falleció en el año 2019.

Por consiguiente, precisó que son beneficiarias de la pensión de sobrevivencia con ocasión de fallecimiento del pensionado, el cónyuge o compañera (o) permanente supérstite, quien hubiere realizado vida marital con el causante hasta la muerte y hubiera convivido con el mismo no menos de 5 años continuos anteriores al deceso, aclarando que en caso de convivencia

simultánea entre dos o más compañeras, el beneficiario de la pensión de sobrevivientes sería cada uno de ellos en proporción al tiempo de concomitancia, lo anterior, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la ley 797 del 2003.

En el caso *sub-examine,* el juzgador de instancia discriminó el material probatorio relevante, los interrogatorios realizados a las demandantes y las declaraciones rendidas por ANTONIO MURCIA y ENRIQUE ANTONIO PEÑA SALCEDO, ante lo cual concluyó que las accionantes lograron acreditar la condición de compañeras permanentes respecto del causante, conviviendo simultáneamente con en él bajo el mismo techo durante los últimos 5 años de su vida, cumpliendo así con los presupuestos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes.

En el mismo sentido, afirmó no tener certeza del inicio de ambas relaciones afectivas, no obstante, de conformidad con la prueba testimonial y los registros civiles de nacimiento de los hijos de las incoantes, precisó que la señora LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ convivió con el occiso desde el 24 de diciembre de 1975, mientras que la señora MARGARITA BARBOSA BELTRAN cohabito con él para la data del 25 de abril de 1993; de allí que concluyera la adquisición de la pensión de sobrevivientes a las demandantes en razón al tiempo de convivencia de cada demandante para con el causante en porcentajes del 62.5% y 37.5% de cada mesada pensional respectivamente, sin perjuicio del acrecimiento que pueda ser objeto con ocasión de la pérdida de alguna de las beneficiarias, autorizando a su vez el descuento por parte de la encartada respecto del monto de los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Por último, arguyó no haberse generado intereses moratorios en razón a la imposibilidad de la demandada para determinar en qué porcentaje debía serle reconocida la prestación a las demandantes, empero, ordenó que se pagara el retroactivo de las mesadas pensionales adeudadas de manera indexada al momento de su pago.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la sentencia proferida en primera instancia fue adversa a sus intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia la sentencia de primera instancia a favor del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, la Sala deberá auscultar si les asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a las señoras LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ y MARGARITA BARBOSA BELTRAN, con ocasión del fallecimiento del causante señor HÉCTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d.), en calidad de compañeras permanentes.

c. De la calidad del pensionado

Previo a abordar el fundamento del *sub-examine*, debe puntualizar la Sala en primer lugar que al causante señor HÉCTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d.), le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución No. 0212 del 18 de febrero del 2016 por el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, en cuantía inicial de $821.197, la cual se hizo efectiva a partir del 5 de octubre del 2015 (Fls. 47 a 61 – PDF 01 DEMANDA ORDINARIA).

Tampoco el hecho que la demandada a través de la Resolución No. 0613 del 5 de mayo de 2020 negó el derecho pensional perseguido por las demandantes,

bajo el entendido que debía ser el juez natural quien dirimiera tal aspecto (Fls. 27 a 35 – PDF 01 DEMANDA ORDINARIA).

d. De la pensión de sobrevivientes

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, por lo tanto, en virtud a que el fallecimiento del causante señor HÉCTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d.) se dio el 18 de mayo del 2019, tal como da cuenta la copia del Registro Civil de Defunción, la normatividad aplicable para el presente caso será la referente a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. (Fls. 25 a 26 – PDF 01 DEMANDA ORDINARIA).

Al respecto, resulta imperioso traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca".*

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"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;*

Dicha normativa dispone que son beneficiarios de la pensión de forma vitalicia, la cónyuge o compañera permanente del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el

causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

> *"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «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» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).*
>
> *"Así, la convivencia real y efectiva 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 común. Lo anterior, excluye 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".*

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la cónyuge, el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además, no se hace necesario acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

> *"Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:*
>
> *"Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante. "[…]*

> *"Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.*
>
> *"Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019)."*

Contrario a ello, en el caso de la compañera permanente, esta debe acreditar los cinco (5) años de convivencia inmediatamente anteriores a la fecha del deceso del pensionado, tal como lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

> *"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.*
>
> *"Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."*

Ahora bien, en relación a la existencia de convivencia simultánea entre dos o más compañeros (as) permanentes, de igual forma, el Órgano de Cierre de la

Jurisdicción Laboral en sentencia SL2893-2021 Radicación N° 83389 del 30 de junio del 2021, expuso:

> *"Sobre el particular, bien vale la pena recordar que esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de que si bien es cierto que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no reguló expresamente la hipótesis relativa a la convivencia simultánea del causante con dos o más compañeras permanentes, también lo es que,* ***soportada en un juicio analógico, es dable defender la tesis de que ante tal supuesto --dos o más compañeras (o) permanentes-- se genera el derecho a la pensión, dividida proporcionalmente entre las (los) o más compañeras (os) supérstites****.*
>
> *(…)*
>
> *"En tal sentido, la mera circunstancia de que dos personas ostenten la calidad de compañeras permanentes de un mismo causante no es razón suficiente para negarles a ambas o a una de ellas, como sugiere la recurrente, el derecho pensional pretendido. Lo dicho es mucho más fácil de entender si se tiene por claro que el derecho pensional se causa en favor del o de la compañera permanente, por manera que, sean dos o más quienes constituyen esa relación con el causante, su número resulta irrelevante para el reconocimiento pensional, pues la asignación del derecho pensional, que es uno solo, es decir, en su 100%, bien puede darse para un solo titular o para dos o más, en términos proporcionales al lapso de tiempo de convivencia, que se traducirá para cada uno en un porcentaje hasta la suma del referido 100% del total del derecho"*

e. Del caso en concreto

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto *sub examine*, debe precisar la Sala que en el escenario de las promotoras LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ y MARGARITA BARBOSA BELTRAN, el derecho pensional habrá de analizarse bajo la égida de compañeras permanentes del causante, toda vez que dentro del trámite procesal no se adjuntó acta de matrimonio por medio de la cual acreditara que el occiso hubiese contraído nupcias con alguna de las señoras hoy demandantes.

Acotado lo anterior, también es importante resaltar que las accionantes a la fecha del óbito, acreditaban más de 30 años de edad tal como da cuenta la copia de sus cédulas de ciudadanía; circunstancia por la cual, procede la Sala a realizar el análisis del caudal probatorio en miras a determinar si le asiste derecho prestacional de sustitución pensional a ambas señoras (Fls. 41 y 63 – PDF 01 DEMANDA ORDINARIA).

Para el efecto, se advierte que durante el transcurso del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte a la demandante señora LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ, quien manifestó que inició una relación sentimental con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d) en el año 1971, iniciando convivencia desde 1972 hasta la fecha de su fallecimiento que lo fue el 18 de mayo del 2019, poniendo de presente que cuando el causante falleció se encontraba con él, puesto que falleció en la casa. Explicó que convivió con el señor causante en los barrios Ferro México, Nariño, Centro en el Municipio de Puerto Salgar.

Por otro lado, afirmó conocer a la señora MARGARITA BELTRAN en razón a que se trasladó al barrio Gaitán con la abuela desde Medellín, aclarando que la señora MARGARITA tenía un romance con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d), relación de la cual tuvieron 4 hijos; en el mismo sentido, relató que ella vivía con la señora MARGARITA en la misma casa y sostuvieron una amistad. Refirió que tiempo después, ellos tuvieron a su hija mayor.

Seguidamente, precisó que los tres convivieron juntos por años, específicamente, desde que su hijo menor tenía 11 años, el cual ya tiene 34 años de edad; continuó explicando que el lazo afectivo entre su pareja y la señora MARGARITA perduró hasta la muerte del señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d). Precisó que la señora MARGARITA y ella convivían en la misma casa, donde cada una tenía su habitación, aclarando que en sus últimos meses de vida del causante pernoctaba con la señora MARGARITA.

Por su parte, la señora MARGARITA BARBOSA BELTRAN en el interrogatorio de parte a ella practicado arguyó que empezó la relación con el occiso desde el 24 de diciembre de 1989, encontrándose con el causante al momento de su deceso en la casa donde vivían como pareja ubicada en el Barrio Gaitán del Municipio de Puerto Salgar. Expresó que convivió con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d) en el barrio Gaitán, lugar en el que también vivía la esposa del causante LUZ MARINA GUERRERO RODRÍGUEZ, aclarando que los tres cohabitaban en la misma casa, al igual que ella dependía económicamente del causante, así como que convivió con el causante hasta el día de su fallecimiento ocurrido 18 de mayo del 2019.

Por otro lado, justificó conocer al causante ya que su padrastro también trabajaba en la empresa ferroviaria; explicó que duraron poco tiempo de novios cuando se fue a vivir con el causante en la casa de este último, misma casa en la que el fallecido vivía con la señora LUZ MARINA, quien no les dijo nada por su relación, aclarando que LUZ MARINA y HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d) continuaron manteniendo un vínculo afectivo.

El testigo ANTONIO MURCIA en su declaración, relató haber conocido al difunto desde los años 60, toda vez que ambos vivían en Puerto Salgar y trabajaban para los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, adicional a ello, acotó que el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d) falleció el 18 de mayo del 2019 y refirió acordarse porque era muy amigo de él, además de haber asistido a las exequias. En su intervención también comentó que no ingresaba todos los días a la vivienda del causante, pero si al menos una o dos veces por semana y observaba cuando el causante salía con las accionantes.

En ampliación de su respuesta, manifestó que el causante tenía dos compañeras porque ambas vivían con él, pues convivió con ellas por muchos años, mencionando que una se llama MARINA y la otra MARGARITA. De igual manera, afirmó que conversaba mucho con el causante en relación a ello, quien le comentó que una era MARGARITA, la cual era la propia y con la que vivía hace tiempo y después empezó a convivir con la otra señora; en razón de ello, precisó que cohabitaron durante mucho tiempo en la misma casa y, debido a esa situación, explicó que bromeaba con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d) sobre cómo podía tener dos compañeras en la misma casa, ante lo cual el causante le respondía todo estaba bien y normal orden, no existían problemas ya que a ambas las quería.

De igual manera, refirió que ambas mujeres vivieron con él para la data de los años 80 o 90, aduciendo que el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d) era quien respondía económicamente por los gastos del hogar debido a que era muy trabajador, mientras que las señoras MARGARITA y LUZ MARINA permanecían en la casa. Seguidamente, aclaró que el causante tuvo muchos hijos, ya que con una mujer procreó 5 o 6 hijos, y con la otra mujer 4 hijos, haciendo énfasis que la señora LUZ MARINA estuvo en el lecho de muerte del causante.

Ampliando los hechos, relató que para el año 1973 evidenció que el señor HECTOR estaba viviendo con la señora LUZ MARINA y que se acordaba ya que para dicha calenda había empezado a trabajar para FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; de igual manera, narró que con el transcurrir del tiempo se dio cuenta de otra mujer más joven conviviendo con ellos, afirmando que ambas vivían en la misma casa desde 1989 o 1990. No menos importante, arguyó que la relación de los tres era normal y que se querían como si fueran familia, ya que nunca se dio cuenta de alguna separación, pues siempre los vio juntos hasta el lecho de muerte del causante.

Por otro lado, el testigo señor PEDRO ANTONIO PEÑA SALCEDO, refirió conocer al señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d) en razón a que ambos vivieron en el mismo barrio, además de que ambos también trabajaron al servicio de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; expuso que el causante falleció el 18 de mayo del 2019.

Continuando con su declaración, afirmó que, para la data del fallecimiento, el causante tenía una relación con la señora LUZ MARINA en calidad de esposa, donde vivieron en el barrio Gaitán, lugar donde también cohabitaba la otra esposa de nombre MARGARITA, puntualizando que los tres residían en una misma casa.

Arguyó que el causante convivió con la señora LUZ MARINA desde 1972 y con la señora MARGARITA desde 1989; a su vez, comentó que él como declarante visitaba el hogar del causante y sus compañeras en razón a que tenía una venta de arepas y siempre pasaba por delante de su casa, acotando que fue el occiso quien aportaba económicamente para la subsistencia del hogar, indicando a su vez que la señora LUZ MARINA tenía un puesto de arepas también.

Igualmente, afirmó que el causante tuvo 6 hijos con la señora LUZ MARINA y 4 hijos con MARGARITA, sin poder acordarse los nombres de los hijos; por otro lado, tiene entendido que las exequias fueron solventadas por los hijos del difunto, así como que la muerte de este último fue natural.

En su ampliación, explicó que la convivencia empezó primero con la señora LUZ MARINA en el campo ferrocarril, y después con la señora MARGARITA, pasándose los tres a vivir al barrio Gaitán, precisando que ambas mujeres vivían en la misma casa junto a sus hijos. De igual forma, arguyó que el señor HECTOR presentaba a las demandantes frente a los demás como sus dos esposas, aclarando que nunca se separaron, sino que siempre estuvieron juntos hasta el 18 de mayo del 2019, data en la que falleció el finado.

De igual forma, se aportaron las declaraciones extra juicio fechadas los días 2 de octubre del 2019 y 30 de enero del 2020 vertidas por JOSE OTONIEL SALVADOR GARCIA y ANTONIO MURCIA, quienes declararon conocer de vista, trato y comunicación directa por más de 40 años al señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d), manifestando que al momento de su deceso se encontraba casado con la señora LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ con quien procreó 6 hijos; a su vez, proclamaron que vivió en unión marital de hecho con la señora MARGARITA BARBOSA BELTRAN de manera ininterrumpida y bajo el mismo techo durante 29 años, desde el 24 de diciembre de 1989 hasta el 18 de mayo del 2019, habiendo concebido 4 hijos. Así mismo, expresaron que las demandantes y el difunto tenían una relación, por lo que convivían en la misma vivienda, desconociendo la existencia de cualquier otro interesado con mejor derecho. (fls. 37 a 39 y 43 a 45 – PDF 01 DEMANDA ORDINARIA y fls 207 y 208 – PDF 08 ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA).

Adicional ello, las mismas declaraciones extraproceso fueron rendidas por PEDRO ANTONIO PEÑA SALCEDO y ENRIQUE APOLINAR CRIALES en data del 2 de octubre del 2019 y 11 de febrero del 2020. (fls. 103 a 105 – PDF 01 DEMANDA ORDINARIA y fls. 218 y 219 – PDF 08 ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA).

Dentro del referido expediente se aportó la declaración extraproceso dilucidada por MARGARITA BARBOSA BELTRAN el 24 de enero del 2020, quien declaró haber compartido bajo el mismo techo, lecho y mesa con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d), de manera ininterrumpida durante 29 años, desde el 24 de diciembre de 1989 hasta el 18 de mayo del 2019, data de su fallecimiento; del mismo modo, manifestó que fruto de la relación procrearon 4 hijos, dedicándose tiempo completo al cuidado del hogar y su

familia. En el mismo sentido, acotó que su compañero permanente tenía una sociedad conyugal vigente con la señora LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ, persona con quien tuvo 6 hijos; afirmando que las dos vivieron bajo el mismo techo y compartieron mesa con el *de cujus,* finalizando que desconoce la existencia de cualquier otro interesado con mejor derecho. (fls. 205 y 206 – PDF 08 ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA).

De igual forma, se recolectó la declaración extraproceso de la demandante LUZ MARINA GUERRERO RODRIGUEZ de fecha 11 de febrero del 2020, aclarando haber convivido con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d) durante 47 años, desde el 1 de mayo de 1972 y hasta el 18 de mayo del 2019, data de su fallecimiento y periodo en el cual procrearon 6 hijos, dedicándose tiempo completo al cuidado del hogar y su familia. Igualmente, relató que su compañero vivió en unión marital de hecho con MARGARITA BARBOSA BELTRAN, con quien concibieron 4 hijos, narrando que las dos vivieron bajo el mismo techo y compartieron mesa con el causante, finalizando que desconoce la existencia de cualquier otro interesado con mejor derecho. (Fls. 220 y 221 – PDF 08 ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA).

Bajo este escenario, y recaudado el acervo probatorio, se puede determinar que las demandantes, en efecto, mantuvieron un romance con el señor HECTOR CARVAJAL QUINCHÍA (q.e.p.d), toda vez que de acuerdo a los interrogatorios rendidos por ambas, la señora LUZ MARINA confesó haber tenido un romance con el occiso desde 1971 hasta la fecha del fallecimiento, periodo en el cual vivieron juntos en Puerto Salgar y lugar donde su compañero conoció a la señora MARGARITA, para posteriormente cohabitar los tres en la misma casa hasta la fecha del deceso, afirmando que dicha unión perduró hasta el fallecimiento del difunto. En cuanto a lo narrado por la promotora MARGARITA, ella confesó que empezó a vivir con el señor HECTOR en la casa donde pernoctaba con la señora LUZ MARINA, enfatizando que los tres vivieron juntos desde el 24 de diciembre de 1989 hasta la data del fallecimiento del susodicho.

En este punto, aprecia la Sala que ambas demandantes confesaron la convivencia de la codemandante respectiva, como pareja frente al causante por lo menos dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del

deceso, requisito *sine qua non* para obtener el derecho de sobrevivencia pretendido en calidad de compañeras permanentes.

Además, dichas confesiones guardan concordancia con los testimonios practicados dentro del presente proceso, puesto que ANTONIO MURCIA narró la situación sentimental simultanea de HECTOR CARVAJAL con sus dos compañeras permanentes y aquí demandantes señoras LUZ MARINA GUERRERO RODRÍGUEZ y MARGARITA BURGOS BELTRÁN, con quien tuvo sus hijos, aclarando que los tres vivieron en la misma casa durante mucho tiempo hasta la época en la que falleció el causante; debido a dicha relación, le comentó al juzgado que bromeaba con el señor HECTOR al respecto, y el cual le explicaba que quería mucho ambas mujeres.

A su vez, el señor PEDRO ANTONIO PEÑA SALCEDO, en su intervención declaró también haber evidenciado la relación que ostentaban las demandantes y el causante, tanto así, que este último presentaba a ambas señoras como sus dos esposas, agregando que observaba esa situación ya que pasaba todos los días delante de la casa del señor HECTOR y dando fe que dichas uniones perduraron hasta el deceso de este.

Ambos testigos fueron contestes igualmente en indicar que el causante permaneció en el mismo hogar con ambas demandantes hasta la fecha de su deceso.

Aseveraciones que por demás guardan plena congruencia con lo manifestado en las declaraciones extrajudiciales, las cuales fueron absueltas por las actoras y los testigos del presente juicio.

Adicional a ello, también es importante precisar que durante el trámite procesal quedó acreditado que el señor HECTOR CARVAJAL procreó 6 hijos con la señora LUZ MARINA y 4 hijos con la señora MARGARITA como dan cuenta los correspondientes registros civiles de nacimiento de cada hijo (fls. 103 a 105 – PDF 01 DEMANDA ORDINARIA).

En resumidas cuentas, la Sala puede colegir que en efecto las demandantes son merecedoras del derecho pensional por sobrevivencia aquí pretendido, en

tanto, se itera que a groso modo lograron acreditar la convivencia dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante.

En este punto, menester resulta también que este cuerpo Colegiado ponga de presente que al estudiarse el asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada según los preceptos del artículo 69 del Estatuto Procesal del Trabajo, no existirá pronunciamiento de análisis en lo referente al porcentaje otorgado por el *a-quo* sobre cada demandante para la obtención del derecho, como quiera que tal aspecto no fue refutado por el extremo accionante.

Por las consideraciones expuestas, se confirmará en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia como quiera que el asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de enero del 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado