

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-026-2020-00080-02
DEMANDANTE:	AURA BEATRIZ RINCÓN CHIPATECUA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 8 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, frente a la sentencia del 8 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **AURA BEATRÍZ RINCÓN CHIPATECUA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-026-2022-00086-02**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS, por omisión en el deber de información, e igualmente, que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad; como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR S.A. a realizar el traslado de su cuenta de ahorro individual, junto con todos sus saldos, cotizaciones, bono pensional, sumas adicionales, frutos e intereses, todo ello con destino a Colpensiones, entidad que a su vez, debe activar su afiliación e incorporar en su historia laboral el tiempo cotizado en el RAIS; se condene a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 3 de diciembre de 1962. Que inició sus cotizaciones al ISS el 1º de mayo de 1991. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., sin recibir información sobre la naturaleza de dicho régimen de captación, como tampoco sobre las desventajas e implicaciones económicas de tal decisión. Que no se le asesoró sobre los diferentes escenarios comparativos de pensión de carácter técnico en uno o en otro régimen pensional, ni tampoco sobre las ventajas de permanecer en el RPM. Que solicitó ante Porvenir, entre otras cosas, su traslado a Colpensiones, sin embargo, la petición le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones invocadas en su contra, fundamentando que el traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS tiene plena validez, pues la afirmación de vicio de consentimiento acaecida en el proceso de traslado, debe ser probada en el transcurso del presente trámite judicial y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa, tendrá Colpensiones la obligación de recibir y activar su afiliación sin solución de continuidad.

¹ Páginas 1 a 21 Archivo 01 del Expediente Digital

² Páginas 1 a 21 Archivo 01 del Expediente Digital

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

PORVENIR S.A.³

Mediante auto del 1º de abril de 2022, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 8 de junio de 2023, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS; condenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados, porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente indexado con cargo a sus propios recursos; condenó a Colpensiones para que acepte la transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante; condenó en costas a la AFP convocada.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, que la AFP Porvenir S.A. no atendió la carga de la prueba en cuanto a demostrar que cumplió ante la demandante su deber de información, pues el único medio de convicción allegado a las diligencias corresponde al formulario de afiliación, el cual no es suficiente para demostrar tal obligación, aunado a que, del interrogatorio de parte de la activa, no se constata confesión sobre la realización de una debida asesoría por parte de la AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de alzada argumentando que no comparte la decisión del A quo en cuanto a que se debe proceder a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y descuentos destinados al fondo de garantía de pensión mínima,

³ Archivo 04 del Expediente Digital

debidamente indexados, toda vez que esta condena es incompatible con los rendimientos financieros causados a favor de la actora, pues ello implica que a la AFP se le está condenando dos veces por el mismo rubro. Añadió que la sentencia SL9316-2016, precisó que la indexación es una actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación del dinero por el transcurso del tiempo, dada la condición inflacionaria de la economía, de suerte que existe una incompatibilidad entre los rendimientos que deben garantizar las AFP y la indexación, teniendo en cuenta que los recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada no se han visto afectados por la inflación, y por el contrario, se han generado sobre ellos unos frutos que exceden el mínimo previsto en la ley.

Adujo que el Tribunal Superior de Cundinamarca dentro del proceso 02 2021 00111, indicó *“(…) sobre el particular se considera que le asiste razón a la apelante, ya que en este caso se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que surgieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de afiliación de la demandante, por lo que entiende la Sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada y se revocará la decisión en este aspecto. Frente a este punto la jurisprudencia laboral ha señalado que la administradora tiene el deber de devolver al sistema todo 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 lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubiere causado (…).”*. Dicha tesis fue reiterada por el Tribunal Superior de Cali en sentencia del 31 de octubre de 2022 proferida dentro del proceso 015 2021 0089 y por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 26 de enero de 2023, proferida dentro del proceso 012 2020 00165.

Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer obligaciones a las administradoras, exigiendo soportes de la información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de traslado de régimen, pues ello desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que los derechos de legalidad y debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos. Solicitó que se adicione la sentencia en el sentido de condicionar la orden emitida contra Colpensiones, al cumplimiento de las obligaciones de la AFP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por AURA BEATRIZ RINCÓN CHIPATECUA al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un

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

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

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

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin

embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la **AFP PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP PORVENIR S.A.** (Página 43 Archivo 01 del expediente digital), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de

presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara en indicar que en algún momento firmó un formulario de cesantías y que al mismo tiempo le entregaron un formulario sobre afiliación a pensiones, que entiende también suscribió, pero ello ocurrió sin estar informada, ni recibir ninguna asesoría. Que fue consciente de su afiliación a Porvenir cuando le llegó una carta de la empresa para que asistiera a la AFP, lo cual le sorprendió porque siempre creyó encontrarse afiliada en Colpensiones (Min. 08:29 -08:48 archivo de audio y video 17 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen

pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

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

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al

legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, ni siquiera en lo referente a los gastos de administración y demás emolumentos, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada, sin que sea necesario adicionarla en los términos pedidos por Colpensiones, pues lógicamente la orden impartida a esta entidad, solo podrá ser cumplida cuando la AFP acate las obligaciones que le fueron impuestas por el Juzgado de Conocimiento. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por no haber prosperado sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 8 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por no haber prosperado sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-026-2022-00257-01
DEMANDANTE:	ROSA MARÍA CASTELLANOS CELIS
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 12 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, frente a la sentencia del 12 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ROSA MARÍA CASTELLANOS CELIS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-026-2021-00257-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS por existir un vicio del consentimiento y por la omisión en el deber de información, e igualmente, que nunca dejó de pertenecer al RPM, al cual se encuentra válidamente afiliada; como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR S.A. al traslado de los aportes cotizados en el RAIS, con destino a COLPENSIONES, entidad que a su vez, debe aceptar dichos dineros y registrarla como su afiliada; se condene a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 10 de septiembre de 1.960. Que inició sus cotizaciones al ISS el 4 de julio de 1979, aportando hasta el 7 de julio de 1980. Que cotizó a Cajanal desde el 10 de julio de 1982 hasta el 31 de octubre de 1999. Que el 21 de septiembre de 1999, se trasladó al RAIS a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., sin recibir elementos de juicio, ni información veraz y acorde con su situación previa a la afiliación, ni tampoco se les suministraron los datos legales suficientes para que de una forma consciente decidiera cuál era el régimen pensional que más le convenía. Que el asesor de la AFP no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el otrora ISS, al no realizarle una proyección previa. Que solicitó la nulidad de su afiliación ante Porvenir y su traslado a Colpensiones, sin embargo, ambas peticiones le fueron negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones invocadas en su contra fundamentando que no se demuestra con las pruebas allegadas al plenario la configuración de algún vicio en el consentimiento en el acto de afiliación de la actora y tampoco se observa vulneración a la voluntad dada de manera libre, en aplicación al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen pensional.

¹ Páginas 1 a 21 Archivo 01 y 2 a 22 Archivo 04 del Expediente Digital

² Páginas 2 a 15 Archivo 08 del Expediente Digital

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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 genérica.

PORVENIR S.A.³

La Administradora del RAIS se opuso a todas las pretensiones de la acción, indicando en su defensa que la afiliación de la parte demandante estuvo precedida de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega en el proceso es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la ley, la cual es de público conocimiento, aunado a que no se aporta prueba que permita indicar que el traslado pensional se dio bajo un vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el acto es nulo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 12 de julio de 2023, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS; condenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados, porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente indexado con cargo a sus propios recursos; condenó a Colpensiones para que acepte la transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP convocada.

³ Páginas 2 a 32 Archivo 07 del Expediente Digital

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, que la AFP Porvenir S.A. no atendió la carga de la prueba en cuanto a demostrar que cumplió ante la demandante su deber de información, pues el único medio de convicción allegado a las diligencias corresponde al formulario de afiliación, el cual no es suficiente para demostrar tal obligación, aunado a que, del interrogatorio de parte de la activa, no se constata confesión sobre la realización de una debida asesoría, la cual tampoco se evidencia en el testimonio rendido.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de alzada argumentando que conforme lo indicó la demandante en su interrogatorio de parte, su traslado al RAIS fue realizado de manera libre y voluntaria, por manera que no hay lugar a hacerle extensivas las previsiones de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, toda vez que su decisión no fue coaccionada al momento de trasladarse, por parte de la AFP Porvenir o parte de un tercero. Acotó que el traslado tuvo lugar con la presencia de una asesora, quien le informó sobre las características propias del RAIS, como por ejemplo que sus aportes podían ser heredados en caso de fallecer, además que podía pensionarse de manera anticipada, de suerte que la accionada cumplió con el deber de información que para la fecha le asistía legalmente, el cual estaba contenido en el Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993.

Sumó a ello que, la actora diligenció el formulario de afiliación atendiendo los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Dijo que la demandante ya rindió un testimonio en otro proceso similar, por lo cual su dicho puede encontrarse contaminado, bajo el entendido que ya tenía unas repuestas predeterminadas sobre su traslado, aunado a que en muchas de las preguntas indicó que no recordaba las circunstancias que rodearon tal hecho, lo cual pone en entredicho lo indicado en la demanda relativo a que la demandada no le brindó la información adecuada.

Señaló que la verdadera inconformidad de la demandante radica en el presunto incumplimiento de una expectativa frente al eventual monto de su mesada pensional que obtendría en el RAIS a diferencia de la que obtendría en el RPM, lo cual no puede ser considerado como un engaño o una falta al deber de información, conforme lo ha referido la CSJ, pues a la data del traslado no le era

posible a la AFP suministrar el valor de la mesada pensional, a más que la afiliación al RAIS debe entenderse desde la perspectiva de cómo quiere un afiliado que sean administrados sus recursos y no, desde el monto de su mesada pensional, pues esto último desconoce la coexistencia de los regímenes pensionales previstos legalmente, que liquidan de manera diferencial las prestaciones económicas por vejez.

Manifestó que conforme a las exigencias legales en materia de documentos para la data del traslado, no puede considerarse que la AFP se encuentra en una mejor posición probatoria para demostrar que se le suministró la debida información a la demandante, más allá de lo consignado en el formulario de afiliación allegado con la contestación de la demanda. También resaltó que los afiliados deben tener un mínimo de diligencia en sus negocios, lo cual brilla por su ausencia en el presente caso, dadas las manifestaciones de la demandante, al afirmar que nunca realizó preguntas, ni se preocupó por su situación pensional, menos aún por la actualización de sus datos antes de cumplir la edad de 47 años, por manera que no le es dable beneficiarse de su propia culpa, ni pretender retornar al RPM únicamente por una prestación legal, cuando además, ya se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 1993.

Refirió que a la fecha del traslado la actora se encontraba afiliada a Cajanal, por manera que de continuar la posición relativa a que su traslado es ineficaz, no puede entenderse que esta debe retornar a Colpensiones, porque nunca estuvo afiliada a tal entidad, aunado a que ello le generaría un perjuicio a la activa al quedar inmersa en un limbo, en el que no se encontraría afiliada a un régimen pensional, además, se le generaría una carga a Colpensiones que causaría una descapitalización de la entidad, desconociéndose el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

Solicitó que se revoque la orden de trasladar a Colpensiones los gastos de administración y descuentos por seguros previsionales, porque los valores por tales conceptos ya no se encuentran en poder de la AFP, a más que los gastos de administración se destinaron en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues se utilizaron para administrar los recursos de la demandante, generando rendimientos en su cuenta de ahorro individual y, sobre las primas de seguros previsionales debe considerarse que las mismas fueron pagadas de buena fe a

una aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez y muerte que se llegasen a presentar, siendo evidente que los descuentos anotados no obedecieron a un capricho de la AFP, sino al cumplimiento de la ley en beneficio de la demandante, a quien en todo caso se le realizarían los mismos en el RPM de haber permanecido en Colpensiones.

Dijo que tampoco es procedente la indexación, porque también se ha impartido condena de trasladar los rendimientos financieros generados a favor de la activa, lo cual implica imponer una doble sanción en cabeza de la AFP, dando paso igualmente a un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Añadió que el fallo de primer grado desconoce el principio de congruencia, pues a pesar que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado anterior, se otorga plenos efectos a los rendimientos financieros que no se debieron ocasionar.

Concluyó advirtiendo que debe revocarse la condena en costas, al ser improcedente la ineficacia de traslado y porque Porvenir en todo momento ha actuado de buena fe, cumpliendo con todas las disposiciones legales que le eran aplicables para la data del traslado.

Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo que conforme al artículo 167 del CGP incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, lo cual ha sido puesto de presente por este Tribunal en sentencia del pasado 10 de octubre de 2017, M.P. Carlos Andrés Vargas, proferida dentro del proceso 2015 00915, en la que indicó que *“(...) los vicios de error fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alegan, en manera alguna puede trasladarse la carga a la entidad, de demostrar que no actuó con dolo. De lo anterior de conformidad con el artículo 167 del CGP, las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos en los que fundan sus alegaciones (...)”*.

Agregó que en el radicado 07 2018 0822, se profirió sentencia del 25 de octubre de 2017, M.P. Manuel Eduardo Serrano Vaquero y en ella se manifestó: *“(...)sobre los vicios del consentimiento que ella prestó al suscribir el traslado de régimen, inducido por dolo, estima la Sala que no se aportaron las pruebas pertinentes de quien tenía la carga procesal, la parte demandante al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP. Se debe recordar además, frente a los argumentos expuestos en esta audiencia que las consecuencias del traslado de régimen las definió la ley, claramente por ello cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho que genera un*

vicio del consentimiento según lo dispone 1509 del CC". En ese orden, dijo que le compete a la demandante demostrar los vicios del consentimiento alegado, no bastándole para ello su simple afirmación, aunado a que resulta desproporcionado imponer la carga de la prueba en cabeza de la AFP, pues el traslado de régimen pensional tuvo lugar en el año 1999, generándose así un imposible para la sociedad demostrar las circunstancias que rodearon el hecho que tuvo lugar hace más de 20 años, máxime que no era obligatorio dejar constancia distinta al formulario de afiliación.

Concluyó que la actora al haber fundado su pretensión en el hecho de ser engañada por el asesor de la AFP, debió, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1510 del CC y el artículo 167 del CGP, probar dicha información, lo cual brilla por su ausencia en el presente caso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ROSA MARÍA CASTELLANOS CELIS al régimen de ahorro individual, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, incluida la condena en costas a cargo de Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES

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

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como**

emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
(Subraya la Sala).

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la **AFP COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el**

respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019).

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.** (Página 47 Archivo 01 del expediente digital), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara en indicar que cuando trabajaba en el Colegio San Juan Apóstol de Facatativá llegó una señorita de Colpatria, quien llevó a cabo una reunión con un total de 8 personas, en la cual les indicó que el ISS y Cajanal “se iba a acabar y entonces sus dineros de pensión se iban a perder”, además, les dijo que sus hijos tendrían derecho a heredar la pensión en el nuevo régimen y que ella particularmente, podría salir pensionada a los 40 años, motivo por el cual procedió a trasladarse. Que diligenció el formulario de afiliación de manera voluntaria, pero no se le dio la debida información y no realizó preguntas a la asesora, ni se acercó a la AFP para resolver dudas (Min. 11:25 -30:45 archivo de audio y video 14 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Lo anterior, porque a pesar que la actora se encontraba vinculada a Cajanal a la fecha de su traslado al RAIS, conforme emana de su formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir y los diversos certificados laborales arrimados a las diligencias, lo cierto es que existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como la SL17595-2017, SL4989-2018, y la del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino

que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

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

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida,

atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, ni siquiera en lo referente a los gastos de administración y demás emolumentos, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, la demandada Porvenir S.A. manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente la imposición en su contra de costas procesales por el Juzgado de Conocimiento. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión del *A quo* de imponer condena en costas a la pasiva por tratarse de la parte vencida en el

presente trámite, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, máxime que se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, mismas que no salieron adelante.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por no haber prosperado sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por no haber prosperado sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-027-2014-00490-01
DEMANDANTE:	MIREYA AVELLANEDA RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 29 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo-prestaciones
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por el demandado **CARLOS ALBERTO BALLESTEROS ARISTIZÁBAL** contra la sentencia del 29 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MIREYA AVELLANEDA RODRÍGUEZ** contra **SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES S.A., CONSUELO GONZÁLEZ BONILLA** y **CARLOS ALBERTO BALLESTEROS ARISTIZÁBAL** con radicado No. **11001-31-05-027-2014-00490-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra entre ella y la Unión Temporal Vías Localidades entre el 11 de junio de 2013 y el 30 de diciembre de símil año y que, los integrantes de la Unión Temporal Vías Localidades, es decir, Surcolombiana de Construcciones S.A., Consuelo González Bonilla y Carlos Alberto Ballesteros Aristizábal son solidariamente responsables de las obligaciones laborales con sus trabajadores; en consecuencia, se condene a los demandados a pagar 10 días de salario causado entre el 20 y el 30 de diciembre de 2013, el auxilio de cesantía, los intereses a las cesantías, la prima de servicios y las vacaciones generadas entre el 11 de junio y el 30 de diciembre de 2013, junto con la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y la indexación.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 11 de junio de 2013, celebró un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada con la Unión Temporal Vías Localidades, la cual se integró con el objeto de acceder a la licitación pública No. IDU-LP-SGI-018-2012 por la sociedad Surcolombiana de Construcciones S.A. con participación del 75%, Consuelo González Bonilla con participación del 10% y Carlos Alberto Ballesteros Aristizábal con participación del 15%. Que fue contratada para prestar sus servicios personales en el cargo de topógrafa en la ciudad de Bogotá en ejecución del contrato IDU 065- de 2013, devengando como salario la suma de \$1.500.000. Que su horario de trabajo era de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y los sábados de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. Que el 30 de diciembre de 2013 la parte demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, además no se le pagaron los salarios causados entre el 20 y el 30 de diciembre de 2013, menos aún le fue reconocida la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones a la que tenía derecho. Que el 4 de abril

¹ Páginas 5 a 9 Archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de 2014, las partes concurrieron ante un inspector de trabajo, sin embargo no conciliaron sus diferencias.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES S.A.²

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la parte actora no prueba los incumplimientos que aduce; agregó que la CSJ ha sostenido reiterativamente que sólo hay lugar a la indexación cuando no tiene cabida la indemnización moratoria.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Ausencia de causación de horas extra y la genérica.

CONSUELO GONZÁLEZ BONILLA³

Mediante Auto del 6 de diciembre de 2016, el Juzgado de Conocimiento aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda en contra de CONSUELO GONZÁLEZ BONILLA formulado por el extremo activo, por lo que ordenó seguir el proceso únicamente respecto de SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES S.A. y CARLOS ALBERTO BALLESTEROS.

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.-CONFIANZA⁴

La llamada en garantía CONFIANZA contestó la demanda indicando que se abstiene de pronunciarse sobre las pretensiones, por cuanto desconoce los fundamentos fácticos de las mismas, relacionadas con la presunta relación laboral existente entre la demandante y las demandadas. Se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía, ante la falta de legitimación en la causa de la sociedad demandada para llamar en garantía,

² Páginas 72 a 74 y 165 a 167 Archivo 01 del ED.

³ Páginas 198 a 199 Archivo 01 del ED.

⁴ Páginas 205 a 213 Archivo 01 del ED.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

ya que el contrato de seguro 24 GU044966 se expidió en favor única y exclusivamente del IDU, tal como lo reconoce la sociedad Surcolombiana en el hecho b) numeral 3º del llamamiento en garantía.

Propuso como excepción de fondo la que denominó: Falta de legitimación en la causa de Surcolombiana de Construcciones S.A. para llamar en garantía a Confianza S.A.

CARLOS ALBERTO BALLESTEROS⁵

Mediante Auto del 13 de julio de 2016 el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte del demandando CARLOS ALBERTO BALLESTEROS.

.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de marzo de 2023, declaró que entre la demandante como trabajadora y la sociedad SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES S.A. y el señor CARLOS ALBERTO BALLESTEROS ARISTIZÁBAL como empleadores, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 11 de junio de 2013 y el 23 de diciembre de 2013; condenó solidariamente a la sociedad SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES S.A. y al señor CARLOS ALBERTO BALLESTEROS ARISTIZÁBAL a pagar a la actora, las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y la indemnización moratoria en la suma de \$36.000.000 y, desde el 25 de diciembre de 2015, le deberán pagar los intereses moratorios sobre las prestaciones sociales adeudadas a la tasa máxima del interés moratorio certificado por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago de las mismas se efectúe; negó las pretensiones contenidas en el llamamiento en garantía y absolvió de las mismas a

⁵ Página 179 Archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Confianza S.A.; declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa de Surcolombiana de Construcciones S.A. para llamar en garantía a Confianza S.A.; condenó en costas a SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES S.A. y al señor CARLOS ALBERTO BALLESTEROS ARISTIZÁBAL a favor de la demandante, así como a SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES S.A. a favor de CONFIANZA S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó la *A quo* en primer lugar, que conforme a lo aceptado por la sociedad demandada y las declaraciones recaudadas en el proceso, la actora prestó sus servicios personales en beneficio de los miembros de la Unión Temporal Vías Localidades desde el 11 de junio de 2013 hasta el 23 de diciembre del mismo año, en calidad de topógrafa, concluyendo que debe declararse la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, toda vez que el extremo pasivo no desvirtuó la subordinación laboral, siendo procedente el reconocimiento de las acreencias laborales reclamadas, esto es, las prestaciones y las vacaciones, porque los demandados no acreditaron su pago, para lo cual ha de tomarse un salario plenamente acreditado de \$1.500.000.

Señaló que los demandados no aportaron una sola prueba que permitiera demostrar que existieron razones atendibles y justificables que impidieran el pago de las prestaciones sociales debidas a la trabajadora a la data del finiquito, por lo que no puede indicarse que medió buena fe de su parte ante esa omisión, y por ende, procede el reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Advirtió que la demandante no acreditó las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que finalizó el contrato de trabajo, pues no se advierte prueba que el mismo haya finalizado el 30 de diciembre de 2013, y que ello hubiere obedecido a una decisión de la parte empleadora.

Dijo que procede la responsabilidad solidaria de los demandados sobre las condenas impuestas, toda vez que en los términos de la Ley 80 de 1993, el Código de Comercio, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte

Suprema de Justicia, las uniones temporales son formas contractuales de cooperación empresarial y no persona jurídicas diferentes a las empresas que los conforman, por lo que no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones, y por ende, la responsabilidad en el pago de las obligaciones de los trabajadores a su servicio, es solidaria frente a los miembros que las conforma.

Concluyó advirtiendo que, el beneficiario de las pólizas contratadas con la aseguradora Confianza S.A., fue el IDU, entidad que no fue vinculada en el presente proceso, ni mucho menos condenada por los conceptos asegurados, de suerte que no puede hacerse efectiva la póliza única de seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales, lo cual implica absolver a la aseguradora de las pretensiones del llamamiento en garantía.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **CARLOS ALBERTO BALLESTEROS** formuló recurso de apelación contra la anterior decisión, y como argumentos de disidencia, indicó *“(...)que sea el Tribunal el que determina la solidaridad que se predica respecto de Carlos Alberto Ballesteros, toda vez que dentro de su injerencia dentro de la Unión Temporal tenía actividades de diseño los cuales habían sido terminadas y entregadas a satisfacción, en las cuales la señora demandante Mireya Avellaneda no tuvo ninguna injerencia ni contacto con el señor Carlos Alberto Ballesteros, y atendiendo la figura de la Unión Temporal este debería responder por el límite de su aporte a la unión societaria. Por su parte, de no atender este argumento por parte del Tribunal, se solicita el análisis de la solidaridad frente a la indemnización moratoria por los mismos argumentos, toda vez que al desconocimiento del señor Carlos Ballesteros el cumplimiento de sus labores dentro del contrato señalado y entregado y al no tener ningún tipo de relación con la señora Mireya Avellaneda y el desconocimiento pleno del no pago de sus salarios y prestaciones, no se puede predicar del mismo una mala fe sobre el no pago de las mismas, por lo cual solicitó el H. Tribunal evalúe la solidaridad sobre este punto”*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y los argumentos expuestos en el recurso de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si el demandado CARLOS ALBERTO BALLESTEROS ARISTIZÁBAL es responsable solidario o no de las condenas impuestas por la juez A quo; en caso afirmativo, definir si esa responsabilidad procede de acuerdo a su participación en la Unión Temporal. Finalmente, se establecerá si la persona natural en mención, actuó de buena fe, y por ende, debe ser absuelta de la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

Inicialmente corresponde a la Sala de Decisión indicar que en esta instancia no se presenta discusión frente a los siguientes supuestos: **1.** Que entre la demandante y la sociedad SURCOLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES S.A. y el señor CARLOS ALBERTO BALLESTEROS ARISTIZÁBAL, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 11 de junio de 2013 y el 23 de diciembre de 2013, en virtud del cual la activa se desempeñó como topógrafa, devengando un salario mensual de \$1.500.000, pues así fue declarado por el Juzgado de Conocimiento, y sobre

ello, las partes no presentaron ninguna oposición mediante el recurso de apelación, de modo que tal declaración efectuada por la Juez a quo se encuentra en firme. **2.** Que el señor Carlos Alberto Ballesteros Aristizábal es uno de los integrantes de la Unión Temporal Vías Localidades, con un porcentaje de participación del 15%, como emana de la documental visible en las páginas 26 a 28 del archivo 01 del ED.

Aclarado lo anterior, procede el Colegiado a resolver los problemas jurídicos planteados por el recurrente, quien reprocha la responsabilidad solidaria que le fue impuesta frente a la condenas reconocidas por el Juzgado de Conocimiento, y que a su juicio, no era procedente, toda vez que su participación dentro de la Unión Temporal Vías Localidades, se limitó a la realización de actividades de diseño, respecto de las cuales no tuvo ninguna injerencia la demandante, quien por lo mismo, presentó ningún contacto con el señor Carlos Alberto Ballesteros Aristizábal, resaltando que en gracia de discusión, la responsabilidad solidaria debe limitarse a su participación en la Unión Temporal.

Pues bien, para desatar este punto de debate, conviene indicar que conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, los integrantes de las Uniones Temporales son solidarios responsables de las obligaciones laborales de los trabajadores de la Unión Temporal, a la luz del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, como así lo expresó en la sentencia SL462-2021, a saber:

“La Corte se pregunta si la atribución de responsabilidad corresponde solo a los integrantes de la unión temporal o a esta y a sus miembros. Contestar este punto depende de si las uniones temporales tienen o no capacidad para ser empleadoras, a lo que la Sala ofrece a una respuesta afirmativa.

*En primer lugar, es necesario recordar que las uniones temporales y los consorcios son figuras jurídicas concebidas en el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993, en virtud de las cuales dos o más personas pueden presentar de manera conjunta una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, **respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.** De acuerdo con lo anterior, se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran.*

No obstante que carecen de personalidad jurídica, el artículo 6.º de la Ley 80 de 1993 les otorga plena capacidad para contratar, premisa que arroja una primera conclusión: para poseer capacidad jurídica contractual no es requisito ser persona moral, pues como ocurre con los consorcios y uniones temporales, entidades sin personería jurídica, la ley los considera legalmente capaces para efectos contractuales.

Sobre el particular, conviene traer a colación la sentencia de unificación 1997-03930 de 25 de septiembre de 2013 que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de la cual rectificó su jurisprudencia frente a la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al juicio:

[...] Así pues, la capacidad de contratación que expresamente la Ley 80 otorgó y reconoció a los consorcios y a las uniones temporales, en modo alguno puede entenderse agotada en el campo de las actuaciones que esas organizaciones pueden válidamente desplegar en relación o con ocasión de su actividad contractual —incluyendo los actos jurídicos consistentes en la formulación misma de la oferta; la notificación de la adjudicación; la celebración, ejecución y liquidación del respectivo contrato estatal—, sino que proyecta sus efectos de manera cierta e importante en el campo procesal, en el cual, como ya se indicó, esas organizaciones empresariales podrán asumir la condición de parte, en cuanto titulares de derechos y obligaciones, al tiempo que podrán comparecer en juicio para exigir o defender, según corresponda, los derechos que a su favor hubieren surgido del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual o del propio contrato estatal, puesto que, según lo dejó dicho la Corte Constitucional, la capacidad de contratación que a los consorcios y a las uniones temporales les atribuyó el artículo 6º de la Ley 80 “(...) comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos (...)”.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que el párrafo del artículo 7.º de la Ley 80 de 1993 faculta a los consorcios y uniones temporales para «designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal». De este modo, la ley no impuso cortapisas a las facultades de los representantes de las uniones temporales o los consorcios, por lo que bien pueden en ejercicio de sus atribuciones vincular trabajadores al servicio del proyecto empresarial. Al respecto, el Consejo de Estado en la providencia citada, refirió:

[...] importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato.

En tercer lugar, si bien el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo 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», lo que podría llevar a colegir que la parte empleadora debe ser necesariamente una persona jurídica, no puede pasarse por alto que para la época de expedición del estatuto del trabajo, la figura jurídica de los consorcios y uniones temporales no existía.

Desde esa data hasta la actualidad, el mundo laboral ha transitado por importantes transformaciones jurídicas, sociales, tecnológicas y productivas. Hoy existen nuevos sujetos y organizaciones empresariales que actúan como verdaderos empleadores, como ocurre con los consorcios y uniones temporales, los cuales bajo una lectura textualista y exegética del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo no son empleadores a pesar de que en la práctica ejercen un poder de dirección y control del trabajo.

Aquí vale la pena recordar que el Derecho del Trabajo es un derecho que capta las realidades. Por ello, la jurisprudencia sobre la materia ha sostenido que «el derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades» (CSJ SL4360-2019), de manera que antes que permanecer pétreo y expectante frente a las transformaciones veloces del mundo, debe adaptarse a ellas para cumplir su misión de proteger a los trabajadores.

Por esto mismo, afirmar que las uniones temporales o consorcios no tienen capacidad contractual laboral, y que, por tanto, quien debe suscribir los contratos de trabajo es alguno de los miembros de esas organizaciones, podría generar distorsiones o discordancias entre lo que está formalmente en el contrato y lo que sucede en la realidad. Así, formalmente el empleador sería uno de los miembros de la unión transitoria, pero en la realidad la subordinación emana de la nueva organización empresarial creada para desarrollar un proyecto.

Esto no solo genera problemas en la definición del verdadero empleador, sino que también tiene repercusiones en el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social, en especial de seguridad y salud en el trabajo, el ejercicio de los derechos colectivos y también en la efectividad de las pólizas que garantizan el pago de salarios y prestaciones de los trabajadores en el marco de los contratos estatales, las que usualmente son tomadas por el consorcio o unión temporal.

En efecto, como usualmente los trabajadores comparten un espacio físico que se identifica no con el espacio de los empresarios individualmente considerados, sino con el de la unión temporal o consorcio, la coincidencia espacial que provoca la conformación de un nuevo ente es capaz de dar lugar a un incremento de los riesgos inherentes a la actividad productiva y de generar nuevos riesgos. Por tal razón, quien se encuentra en mejor posición para su prevención y gestión es el nuevo ente conformado.

Por otro lado, el reconocimiento de empleador a las uniones temporales o consorcios permite a las organizaciones sindicales entablar procedimientos de negociación colectiva con los interlocutores que de verdad direccionan y controlan los procesos productivos. La autonomía colectiva en estos casos puede ser un instrumento particularmente útil para regular las condiciones

de trabajo, coordinar la prestación de los servicios, definir estándares laborales comunes para los trabajadores y reglas para la administración y planificación de los riesgos asociados al trabajo.

Por último, para la Sala no es válido señalar que el empleador debe ser el integrante del consorcio que celebre el contrato de trabajo. Lo anterior, por cuanto radicar en un solo miembro la responsabilidad por los derechos laborales de una persona que prestó su trabajo a una organización empresarial, anularía la posibilidad jurídica que aquel tiene de demandar solidariamente al consorcio o a la unión temporal y a todos sus integrantes, según lo faculta el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993. Además, ello quebraría la unidad contractual que se establece entre la unión transitoria y la entidad pública contratante, a efectos de que opere la responsabilidad solidaria del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

De acuerdo con lo dicho, las uniones temporales y consorcios pueden ser empleadores de los trabajadores que participan en los proyectos empresariales contratados con las entidades públicas. Por tanto, pueden ser convocados para responder por las obligaciones laborales de sus trabajadores, como también de manera solidaria cada uno de sus integrantes. Con esto, se recoge el criterio fijado en las sentencias CSJ SL, 11 feb. 2009, rad. 24426 y CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 35043.

Siendo así, la Sala declarará que la Unión Temporal Galaxtet y sus integrantes Transportes Especiales de Turismo Tet S.A.S. y Transportes Galaxia S.A. Transgalaxia S.A. deben responder solidariamente por las condenas impartidas en esta sentencia.” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Se sigue de lo anterior, que ante un nuevo estudio del asunto, la Corte modificó su anterior criterio jurisprudencial, para ahora establecer que las uniones temporales sí tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso a través de su representante legal, y sin que deba constituirse un litisconsorcio necesario con cada uno de sus integrantes, y en esa medida pueden responder por las obligaciones de sus trabajadores, así como cada uno de sus miembros solidariamente, tesis que además, se encuentra reiterada en la sentencia SL676-2021, todo ello, con soporte en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993.

Dando alcance a ello en el *sub judice*, encuentra la Sala que contrario a lo afirmado por el recurrente, el señor Carlos Alberto Ballesteros Aristizábal, si es responsable solidario de las obligaciones reconocidas por el Juzgado de Conocimiento, toda vez que, como se demostró en el acápite de hechos probados, este es integrante de la Unión Temporal Vías Localidades, organismo que contrató directamente a la aquí demandante como se advierte

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

del contrato de trabajo visto a páginas 20 a 25 archivo 01 del ED, lo cual fue corroborador por las testigos Adriana Orozco Henao y Mariela Ramírez Gómez (Archivo 03 del ED), sin que sea posible hacer ningún pronunciamiento o modificación sobre quién ostenta la calidad de verdadero empleador en el presente caso, dado que se insiste, ello no es materia del recurso de apelación.

En ese orden, partiendo del hecho cierto que el demandado Carlos Alberto Ballesteros Aristizábal es integrante de la unión temporal en referencia, no media duda que, a la luz de la jurisprudencia previamente citada y el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, aquel es solidario de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo celebrado con la señora Mireya Avellaneda Rodríguez, la cual lo es en el 100% de las obligaciones reconocidas, y no, como se dice en la alzada, conforme al aporte que el accionado efectuó en la unión temporal, como quiera que el CST únicamente previó esa responsabilidad solidaria parcial frente a las sociedades de personas, en los términos del artículo 35 de la normatividad *ejusdem*, lo cual no ocurre en el presente caso, aunado a que el criterio jurisprudencial del que se viene hablando tampoco le da un alcance parcial a la responsabilidad solidaria de los miembros de la unión temporal.

De suerte que, no encuentra la Sala ninguna equivocación en la decisión de la falladora de primer grado, en cuanto condenó al demandando recurrente a responder de manera solidaria por las acreencias laborales reconocidas en la decisión discutida.

Sobre la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST que se le hizo extensiva al demandando Carlos Alberto Ballesteros Aristizábal, se advierte que el recurrente no comparte tal decisión del A quo, bajo el argumento que dicha persona natural actuó de buena fe, en tanto no tenía contacto con la trabajadora, su aporte a la unión temporal solo se limitó a la entrega de unos diseños, y por lo mismo, no pudo tener conocimiento sobre la omisión en el pago de las prestaciones sociales causadas a favor de la activa.

Frente a ello, ha de decir el Tribunal que el planteamiento del recurrente resulta abiertamente equivocado, tornando inane el análisis reclamado, toda

vez que la ponderación de la conducta del obligado solidario, no tiene lugar en perspectiva de la mencionada norma, pues la conducta que debe examinarse para la definición de la buena o mala fe que hace próspera o impróspera la indemnización moratoria, es la del empleador directo, que para el caso entiende la Sala corresponde a la Unión Temporal Vías Localidades, sin que, se *itera*, se pueda efectuar ninguna modificación sobre la declaración efectuada por el A quo sobre quién ostentó esa calidad de empleador, al no ser ello objeto de alzada.

En ese orden, no es procedente evaluar la conducta del demandado Carlos Alberto Ballesteros a la data de terminación del contrato de trabajo existente con la demandante, porque el deudor solidario responde por la indemnización moratoria por efecto de la solidaridad y no por la calificación de su conducta, como así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL665-2013. Aunado a ello, debe decirse que en el proceso no obra ninguna prueba tendiente a demostrar razones atendibles, que justifiquen la omisión en el pago de las prestaciones debidas a la trabajadora por parte de la unión temporal ya mencionada, por manera que es procedente la indemnización de que se viene hablando, como con acierto lo concluyó la Juez A quo, en la forma por esta liquidada, ya que este último aspecto no debe ser objeto de revisión por parte de la Sala, al no ser reprochado en el recurso de apelación.

Conforme a lo expuesto, se confirma la decisión opugnada. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente Carlos Alberto Ballesteros Aristizábal, dado el resultado de la alzada, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a la fecha del pago.

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

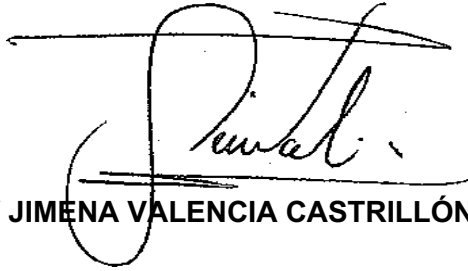
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de marzo de 2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente Carlos Alberto Ballesteros Aristizábal, dado el resultado de la alzada, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a la fecha del pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	110013105029-2022-00325-01
DEMANDANTE:	MARIA TULIA LOZANO CETINA
DEMANDADO:	COLPENSIONES y LUZ MARLEN BARRERO
ASUNTO:	Apelación Sentencia 21 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo- Cálculo Actuarial
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por LUZ MARLEN BARRERO en contra de la sentencia del 21 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **MARIA TULIA LOZANO CETINA** contra **COLPENSIONES** y **LUZ MARLEN VERA BARRERO** con radicado No. **110013105029-2022-00325-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que con la señora LUZ MARLEN VERA BARRERO celebró un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de julio de 2002 hasta el 30 de enero de 2004, que se declare que su salario ascendía a la suma de \$2.400.000, que se condene al pago de aportes en pensión previo trámite de la elaboración del cálculo actuarial, que se falle extra y ultra petitta aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 28 de julio de 2002 suscribió un contrato de prestación de servicios para el cargo de niñera y auxiliar de servicios generales en la residencia de la señora Luz Marlen Vera Barrero, que prestaba sus servicios personalmente cumpliendo las tareas propias derivadas del cargo y recibiendo ordenes por parte de la precipitada demandada.

Indicó, que durante las 77 semanas que trabajó a favor de la señora Vera Barrero, no se realizaron los aportes en pensión específicamente al extinto ISS hoy COLPENSIONES, al encontrarse afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

LUZ MARLEN VERA BARRERO² con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, argumentó que no es cierto que haya existido un contrato de trabajo, pues durante el lapso comprendido entre el 28 de julio de 2002 al 30 de enero de 2004, existió un contrato de prestación de servicios regido por las normas civiles. Frente a los hechos aceptó que la actora prestó los servicios profesionales como niñera y auxiliar de servicios generales.

Formulo las excepciones de cobro lo no debido, prescripción, buena fe y genérica.

Pginas 1 a 13 archivo 013 del expediente digital.

²Páginas 3 a 13 archivo 8 expediente digital.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

La demandada **COLPENSIONES**³, manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la demanda. Adujo que frente la eventual existencia de relación laboral con el demandante, y la omisión del empleador, los periodos deben ser cancelados con los respectivos intereses a satisfacción de la administradora.

Formulo las excepciones de fondo que denominó; falta de la legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

TRÁMITE PROCESAL RELEVANTE.

Mediante providencia del 2 de mayo de 2023, el Juzgado 29 Laboral de esta ciudad, dispuso enviar el proceso ordinario de la referencia al Juzgado 47 Laboral del Circuito de Bogotá, en virtud de lo establecido en el Acuerdo No. CSJBTA23-15 de 22 de marzo de 2023 numeral 6, siendo abogado por este último mediante Auto del 17 de mayo del año en curso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 21 de junio de 2003, declaró que entre María Tulia Lozano Cetina y la demandada Luz Marlen Vera Barrero, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de julio de 2002 al 30 de enero de 2004, condenó a COLPENSIONES a liquidar el cálculo actuarial, respecto de la vigencia de la relación laboral de conformidad con los SMLV establecidos por el Gobierno nacional, y a la demandada Vera Barrero al pago del precipitado cálculo, declaró no probada las excepciones y condenó a esta última al pago de costas procesales.

³ Folios 2 al 16 archivo 09 del ED
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como fundamento de su decisión, inició por señalar que el tópico litigioso giraba en torno a establecer la existencia de un contrato de trabajo por los tiempos decantados en el escrito inaugural y en caso positivo la procedencia sobre los pagos de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Explicó que el artículo 24 del C.S.T contiene una presunción legal a efecto de la acreditación de la relación laboral, que consiste que una vez probada la prestación personal del demandante a favor de la demandada y su carácter remunerado, se presume que dicha relación se encuentra regida por un contrato laboral; correspondiéndole a la parte demandada, esto es al empleador, acreditar que dicha prestación de servicios acaeció bajo los apremios de una relación netamente civil y no laboral.

Explicó que la demandada al dar contestación a la demanda aceptó la prestación del servicio como niñera y auxiliar de servicios generales durante el tiempo señalado en la demanda. Que, las actividades que desempeñó no eran independientes, voluntarias ni libres sino propias de un trabajador doméstico que supone la existencia de un contrato de trabajo. Por tanto, señaló que la parte actora cumplió con su parte al demostrar la prestación personal a favor de Luz Marlen Vera Barrera. Presunción que dijo no fue desvirtuada por la pasiva al no aportar prueba que evidenciara que existió una contratación diferente a la laboral.

Estimó, que declarada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y ante la omisión de la empleadora en la afiliación y pago de aportes a pesar de que la actora se encontraba afiliada al RPM, era suficiente para ordenar a Luz Marlen Vera Carrera a transferir a COLPENSIONES el pago del cálculo actuarial durante el tiempo declarado, previa proyección de la reserva actuarial.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de alzada en contra de la integralidad de la sentencia, insiste que no se demostró los tres (3) elementos

del contrato de trabajo previsto en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, que la señora María Tulia no fungía como trabajadora sino como contratista según da cuenta el contrato de prestación de servicios suscrito entre la partes, en el que se sentó que las controversias suscitadas se regirían por las normas civiles según lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil.

Refiere que no existe el elemento subordinante pues las órdenes recibidas por la actora fueron con ocasión del contrato de prestación de servicios. Que en el evento hipotético de confirmar el contrato de trabajo, se revise si la orden impartida frente al cálculo actuarial se ajusta a los parámetros legales en la materia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer si el nexo contractual de la demandante con la encartada lo fue a través de un verdadero contrato de trabajo o si obedeció a la prestación autónoma e independiente de un servicio personal, como lo afirma la recurrente en su alzada.

CONSIDERACIONES

El artículo 53 de la Constitución Política, que consagra el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*. Formulación protectora del trabajador que, en

esencia, hace prevalecer siempre los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Dicho de otra manera: interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

Este principio encuentra complemento en el artículo 24 del CST que reza: “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Significa esto, que probada la prestación personal del servicio se tiene por cierta la existencia del contrato de trabajo. Presunción legal que admite prueba en contrario, esto es, que se desvirtúe la continuada subordinación o dependencia del trabajador y/o el carácter remunerado del servicio. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia de enero 25 de 2017 radicación 48.890.

Así, es a la demandante a quien le corresponde hacer ese primer esfuerzo de aportar todas aquellas pruebas necesarias para demostrar las afirmaciones plasmadas en sus hechos y que den cuenta de la prestación personal del servicio y de los extremos temporales. Una vez establecido lo anterior, se invierte la carga, correspondiéndole a la demandada, derribar dicha presunción.

Como se reseñó, no fue objeto de discusión lo atinente a la prestación personal del servicio de la actora en la medida en que, la pasiva desde la contestación de la demanda acepta que la demandante estuvo vinculada como niñera y auxiliar de servicios generales en los extremos referidos en el escrito inaugural. (Hechos primero, tercero y sexto, del archivo 8 del expediente digital). En tal sentido, viable resulta en principio dar cabida al contenido del citado artículo 24 en cuanto presume la existencia del contrato entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe.

Conjetura que no resulta desvirtuada por la convocada a juicio, quien se limitó a asegurar en la alzada que el vínculo que verdaderamente la unió al protagonista procesal fue excepcional e independiente, cuando es otra realidad la que surge del estudio del acervo probatorio en su conjunto.

La prueba documental está conformada por las siguientes piezas: **i)** contrato de prestación de servicios entre la demandada y la actora con el objeto que está última prestará servicios de niñera y auxiliar de servicios generales (págs. 30 a 31 archivo 01 del expediente digital); **ii)** formulario de afiliación al extinto ISS en el que aparece como empleadora la señora Luz Marlen Vera (págs.32 a 33). **iii)** reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 16 de febrero de 2022. **iv)** derecho de petición de abril de 2021 elevado por la actora a la demandada Luz Marlen Vera, con el fin que informará y remitiera los soportes de pago de aportes a la Seguridad Social (pag.47 archivo 01 ED).

Del estudio del cúmulo probatorio en conjunto, debe decirse que contrario a la tesis planteada por la convocada a juicio, valga recordar, fundada en la afirmación de la celebración con la accionante de un acuerdo abiertamente disímil de la naturaleza de un contrato de trabajo, lo que se infiere diáfananamente es que sí medió un vínculo laboral, como a bien tuvo concluir el operador judicial primigenio.

De lo anterior, deviene que las probanzas recaudas denotan un cúmulo de indicios que reflejan la continua subordinación de la demandante frente a la demandada, que cumplió con unas actividades expresamente de trabajo doméstico como niñera y auxiliar de servicios generales. Que el único beneficiario de su trabajo era la demandada, tal como lo aceptó al absolver interrogatorio de parte en el que depuso; que la actora desempeñó actividades de cuidadora o niñera de su menor hija, cambiar pañales, si la niña hacía desorden debía limpiar, que ejercía sus funciones de lunes a viernes y que pactó la suma de \$200.000 mensuales (conteo de audio 11:22- 20:00 archivo 22 del ED) y el carácter de intuito personae del contrato, en atención a la indelegabilidad en un tercero de sus funciones; ello aunado a la potísima razón de que la recurrente no hizo ningún esfuerzo probatorio en orden a derruir la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues solo se atuvo a señalar la suscripción de un contrato de prestación de servicio, el cual quedó desvirtuado conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

Ahora bien, debe señalarse que el trabajo doméstico tiene las características fundamentales de un contrato laboral, al contar con una prestación personal del servicio en un hogar, bajo la continua subordinación y a cambio de una remuneración, con independencia de que labor se realice por días, por medio tiempo o tiempo completo. Así lo ha instruido pacíficamente la jurisprudencia, a cita de ejemplo véase la sentencia SL1749-2023:

“Trabajo doméstico

Se encuentran dentro de esta categoría quienes efectúan labores en un hogar privado, fundamentalmente relacionadas con la limpieza, cocina, lavado y cuidado de niños, ancianos e incluso animales.

Según la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), de los 75,6 millones de trabajadores del hogar a nivel mundial, el 76,2% son mujeres. Además, pese a prestar servicios esenciales para el desarrollo y sostenimiento de cientos de familias, el 81% tiene un empleo informal y devengan «[...] el 56% del salario medio mensual de otros empleados»⁴.

Cabe destacar que, en el caso de Colombia, estas labores también las realizan principalmente mujeres y niñas de escasos recursos, «[...] particularmente vulnerables a la discriminación» (CC C-028 de 2019). Según la Gran Encuesta Integrada de Hogares realizada por el Dane en 2019, de 688.000 personas dedicadas al trabajo doméstico, el 94% eran mujeres y de ellas solo el 17% tiene acceso a la seguridad social⁵.

Importa resaltar que, en el 2011, se expidió el Convenio 189 de la OIT, en el cual, se reconoció su aporte a la economía mundial y se expuso que se «[...] encuentran entre los trabajadores más marginados»⁶.

Dicha normatividad fue adoptada por el Estado colombiano a través de la Ley 1595 del 21 de diciembre de 2012, la cual fue

⁴ Puede consultarse el artículo Quiénes son los trabajadores domésticos, publicado en la página web de la OIT <https://www.ilo.org/global/topics/domesticworkers/who/lang--es/index.htm>

⁵ Infografía: Trabajo doméstico remunerado en Colombia: Un aporte central de las mujeres, 2020. <https://colombia.unwomen.org/es/biblioteca/publicaciones/2020/01/women-count-colombia-trabajo-domestico>

⁶ Informe de la OIT del 14 de junio de 2023. La vía hacia el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/travail/documents/publication/wcms_885233.pdf

declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia CC C-616 de 2013.

El propósito de esos instrumentos se encaminó a reconocer la «[...] invisibilidad y vulnerabilidad del trabajo doméstico y la necesidad correlativa de protección reforzada en lo que refiere a los derechos de las personas que lo ejercen» con vocación de continuidad y permanencia.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional dijo:

Sin embargo, debe enfatizarse que esta previsión no puede ser interpretada en el sentido que excluya aquellas relaciones de trabajo doméstico que, si bien no cumplen con la totalidad de la jornada laboral ordinaria, sí tienen carácter continuo, comúnmente denominadas como trabajo doméstico “por días”. En este caso, para la Sala es evidente que de la interpretación adecuada y pro homine del artículo analizado, se deriva el carácter vinculante de las previsiones de la Convención en el caso de la modalidad de trabajo doméstico explicado.

A este respecto debe insistirse por parte de la Sala que para el caso colombiano es usual el trabajo doméstico “por días”, el cual es una faceta protegida por el Convenio 189. De esta manera, debe hacerse énfasis en que ninguna autoridad pública o empleador puede interpretar las normas del instrumento internacional de manera que permitan un tratamiento jurídico diferente, en lo que respecta a la eficacia de las garantías laborales y derechos fundamentales, entre trabajadoras y trabajadores domésticos que laboran “por días” o que cumplen la totalidad de la jornada ordinaria. Esto debido a que una hermenéutica de esa naturaleza contradeciría tanto los objetivos esenciales del Convenio, como los derechos constitucionales que se predicán de los trabajadores, entre ellos la prohibición de discriminación (subrayas fuera de texto) (CC C-616 de 2013).

En similar forma, el Convenio 189 y la recomendación 201 de 2011 de la OIT, buscan garantizar que las personas que se dedican a realizar las labores domésticas tengan una vida digna y el derecho a disfrutar de un trabajo decente, esto es, sin riesgos, con ingresos suficientes, horarios adecuados, estabilidad laboral, seguridad social, igualdad de trato y de oportunidades, entre otras.

Conviene recordar que el artículo 25 de la Constitución Política, preceptúa que este es un derecho y una obligación social que goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Por su parte, el 53 contempla sus principios mínimos, tales como la igualdad de oportunidades, una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad, la estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos

por la legislación laboral, la favorabilidad, la primacía de la realidad sobre las formalidades, la garantía a la seguridad social y la protección especial a la mujer.

Conforme a lo anterior, siempre y cuando se configuren los presupuestos constitucionales y legales, el trabajo doméstico tiene las características fundamentales de un contrato de laboral, al contar con una prestación personal del servicio en un hogar, bajo la continua subordinación y a cambio de una remuneración, con independencia de que labor se realice por días, medio tiempo o completo (CC T-343 de 2016 y CC T-185 de 2016)".

En ese orden, sin mayor elucubración, palmario deviene declarar, como así lo hizo el *A quo*, la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre la demandada y María Tulia Lozano Cetina gestado a término indefinido entre el 28 de julio de 2002 hasta el 30 de enero de 2004, y como tales aspectos -espacios temporales, salario base de liquidación y pago de aportes en pensión al Sistema General de Seguridad Social no fueron objeto de descuento por el sujeto procesal apelante, se mantendrá incólume la decisión.

Por último, frente a la inquietud de la recurrente, referente a sí la orden impartida en lo concerniente al Cálculo Actuarial se encuentra ajustada a derecho y acorde a los lineamientos legales y jurisprudenciales sobre la materia, debe decirse que no se equivocó el Juez de conocimiento al ordenar a la recurrente transferir a COLPENSIONES, fondo al cual se encuentra afiliada la señora MARÍA TULIA LOZANO CETINA, el valor actualizado del cálculo actuarial causado por el lapso comprendido entre el 28 de julio de 2002 hasta el 30 de enero de 2004, y que previo a ello Colpensiones realice los cálculos o proyección pertinente. Tal como se ha sentado en las sentencias SL1733-2023, SL672-2023, SL359-2023, SL1534-2022, entre otras.

Conforme al artículo 365 del C.G.P aplicable por remisión del 145 del CPTSS, por no salir avante laalzada de la pasiva, se le condenará en costas de esta instancia. Se fijarán como agencias en derecho un 1 SMLMV a favor de la demandante.

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

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

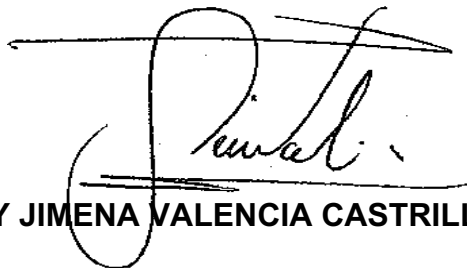
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR INTEGRAMENTE la Sentencia del 21 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motivo.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada recurrente y a favor de la parte actora. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31- 05-032-2022-00225-01.
DEMANDANTE:	HUGO DE JESÚS HERNÁNDEZ GARCÍA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 26 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la última entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 26 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **HUGO DE JESÚS HERNÁNDEZ GARCÍA** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-032-2022-00225-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad de afiliación al RAIS administrado por PORVENIR S.A, efectuada el 25 de noviembre de 1997, y que se hizo efectiva el 1 de enero de 1998, inicialmente y luego el traslado horizontal efectuado a PROTECCIÓN S.A y luego a SKANDIA S.A. por incumplir con los deberes legales de información, como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a la AFP privada a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES, se ordene a esta última a recibir todos los aportes de la seguridad social que le sean trasladados con sus rendimientos correspondientes, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES el 24 de septiembre de 1985 hasta el mes de noviembre de 1997, data que suscribió solicitud de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. la que no le suministró una propuesta debidamente expuesta y explicada a afectos de realizar la afiliación al traslado del régimen, ni tampoco ni le suministro información clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, específicamente sobre el monto y cálculo de la mesada con la cual se iría a pensionar, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Luego en el mes de octubre de 2012, realizó traslado horizontal a ING hoy PROTECCIÓN S.A. administradora que de igual forma no le informó de manera clara y detallada la naturaleza, características y condiciones propias del régimen de capitalización de ahorro individual con solidaridad. Finalmente, realizó el último traslado horizontal en el año 2014 ante SKANDIA S.A., entidad que solo le entregó el formulario de desafiliación sin brindarle una asesoría, o un plan de pensiones, reglamento o funcionamiento de la entidad ni tampoco le comunicó el plazo máximo para regresar al régimen de prima media. Que elevó derecho de petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

¹ Fs. 1 - 23 Archivo 011 Expediente Digital

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La administradora de fondo de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la decisión de traslado fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se advierte del formulario de afiliación suscrito por el actor, de conformidad a lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo, que en dicha asesoría le informó sobre el régimen de transicional pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (100% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A.³

La administradora de fondo de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que la afiliación inicial al RAIS del hoy demandante no fue con PROTECCIÓN S.A., si no con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. Posteriormente, la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., en fecha de 25 de mayo del 2014, radica solicitud de traslado a nombre de HUGO DE JESÚS HERNÁNDEZ GARCÍA, la cual, fue validada y aprobada. Adujo, que el traslado entre administradoras del RAIS se realizó de manera libre, directa y voluntaria por parte del actor, ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen y dentro de los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993, Artículo 13 literal b), razón por la cual, es totalmente legal y válida la afiliación del accionante no siendo posible su regreso automático a Colpensiones.

² Fs.115-140 Archivo 001 Expediente Digital

³ Fs.1-28 Archivo 010 Expediente Digital

Propone como excepciones de fondo: prescripción, falta de controversia, improcedencia de la solicitud de ineficacia de la afiliación, firmeza del consentimiento de la afiliación al RAIS- actos de relacionamiento, 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, 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 y causa para pedir, improcedencia en condena en costas, compensación, buena fe y la nominada o genérica.

COLPENSIONES⁴

La demandada COLPENSIONES con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, adujo que el traslado se efectuó de manera libre y espontánea según lo exige el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aunado que el actor siempre manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS, pues ha realizado traslados horizontales entre PORVENIR S.A.S, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado, inobservancia del equilibrio financiero del sistema general de pensiones, improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, falta de causa para demandar, buena fe, prescripción y genérica.

SKANDIA S.A.⁵

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la decisión de traslado fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se advierte del formulario de

⁴ Fs. 2 – 17 Archivo 014 Expediente Digital

⁵ Fs. 2-16 Archivo 013 Expediente Digital

afiliación suscrito por el actor. Adujo, que la acción de nulidad en contra del contrato de traslado de régimen pensional se encuentra prescrita, toda vez que la ley no establece término especial para esta acción en tratándose de traslado de régimen, razón por la cual el término con el que contaba la demandante para interponer la acción respectiva es la consagrada en el artículo 1750 del Código Civil, el cual señala que el término para solicitar rescisión del contrato por un error es de cuatro años, contados desde el día de la celebración del acto o contrato.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. –en adelante MAPFRE-

La aseguradora se opuso al llamamiento efectuado por SKANDIA S.A., bajo el argumento que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorros individual con solidaridad, no está sustentada en el escrito de la demanda, ni en las pruebas aportadas al proceso.

Propone como excepciones de fondo: plena validez de los contratos de afiliación suscritos por el demandante, el traslado en forma voluntaria de regímenes, este revestido de legalidad y eficacia y cumplimiento del deber de información al demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 26 de junio de 2023, declaró probada la excepción de imposibilidad de afectar la póliza de seguro previsional de invalidez y sobreviviente limitaciones del contrato de seguros formulada por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y declaró no probadas las demás excepciones formuladas. Declaró la ineficacia de traslado del demandante a PORVENIR S.A. efectuada el veinticinco (25) de noviembre de 1997, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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 actor estuvo afiliado a dichas sociedades, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos. A reglón seguido condenó a SKANDIA 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 deberán ser indexados y asumidos por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, ordenó a Colpensiones a recibir al actor y condenó a Porvenir S.A. como a SKANDIA S.A. a costas procesales.

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

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada en contra de la totalidad de la sentencia, indicó que el traslado que realizó el demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia, conforme a derecho de acuerdo a las normas vigentes para la época, por lo que no debía realizar proyecciones ni suministrar otra información, que no eran exigibles y solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación. Adujo, que el actor no es beneficiario del régimen de transición al no contar con los quince años de cotización antes de la entrada a vigencia de la Ley 100 de 1993, para que sea viable su traslado en cualquier tiempo.

Manifiesta que, la declaratoria de ineficacia repercute en el principio de sostenibilidad financiera, pues en el instante que no alcance el dinero en la cuenta de ahorro individual deberá asumir del fondo común la financiación de la mesada pensional del actor, afiliado que ha permanecido en el RAIS por espacio superior a veintiocho años.

La demandada **SKANDIA S.A.**, formuló recurso de apelación en contra de la integralidad de la sentencia, bajo el argumento que la ineficacia deprecada debe regularse bajo los lineamientos de las leyes comerciales y no de la jurisprudencia laboral. Adujo, que no está de acuerdo con la orden impartida con la devolución de gastos de administración, aportes a seguros previsionales para invalidez y sobrevivencia. Indicó que no procede su devolución pues se desbordan los efectos de la ineficacia, atendiendo que los mismos no están destinados a financiar su pensión de vejez, y conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, pues se tratan de rendimientos financieros por la buena gestión de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Concluyó, que el interés de retornar es únicamente por un interés económicos que no es suficiente para ordenar la ineficacia de traslado.

Por último, que la condena debe extenderse a las aseguradoras con quien se celebró los contratos de seguros previsionales, bajo el argumento que dichos aportes no se encuentran en su poder.

La demandada **PORVENIR S.A.**, manifestó no estar de acuerdo con la totalidad de la sentencia, bajo el argumento que la afiliación al RAIS fue libre y espontánea, quien para la fecha de traslado solo era exigible la suscripción del formulario de afiliación sin que sea posible exigirle más requisitos de los previstos por la Ley. Que el traslado se dio por una orden del empleador sin que la administradora desconociera tal circunstancia, además de no advertirla antes de la prohibición de los diez años.

Añadió, que el actor realizó varios traslados horizontales dentro del RAIS lo que significa que durante mucho tiempo estuvo conforme con las características de dicho régimen, siendo su única inconformidad frente a la expectativa pensional. Por tanto, solicita la revocatoria de los aportes a gastos

de administración pues dichos rubros no están destinados a financiar la pensión y frente a los aportes a seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima no se encuentra en su poder sino en terceros de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por HUGO DE JESÚS HERNÁNDEZ GARCÍA al régimen de ahorro individual administrados por las AFP'S PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando

no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, ni tampoco **SKANDIA S.A.** quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

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

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen

el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.** el 25 de noviembre de 1997 con fecha de efectividad el 1 de enero de 1998, (página 51 archivo 10 ED), luego se trasladó a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** el 29 de septiembre del año 2000, posteriormente el 31 de julio del 2012 se trasladó a **ING hoy PROTECCIÓN S.A.**, luego se trasladó a **SKANDIA S.A.** el 25 de mayo de 2014 con fecha de efectividad del 1 de julio del mismo año hasta la fecha (página 36 archivo 13 ED) **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **PORVENIR S.A.** y a **SKANDIA S.A.** no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral

no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a las administradoras privadas en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor manifestó que señaló que se encontraba laborando para Cerrejón, específicamente en el año 1997, señaló que en la mañana antes de la charla de seguridad se acercó una asesora de la AFP privada quien le indicó que por orden de la empresa debían trasladarse de fondo, por tanto realizó la fila con los demás compañeros y firmó el formulario de afiliación. Adujo, que la asesora de Colpatria no le entregó ningún tipo de información acerca de las características de cada régimen pensional, que no existió ninguna reunión ni asesoría personal por la hora en que inició la charla, esto es, antes del inicio de la jornada laboral. Que luego, de la firma de formulario de afiliación no se acercó a ninguna oficina. Frente al traslado horizontal manifestó que de igual forma se trasladó a ING hoy Protección S.A. por una orden de la empresa. (Min. 20:10-35:07 archivo de audio y video 059 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales

emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del *A quo* de ordenar PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

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

ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Frente al argumento de SKANDÍA S.A., relativo a que, en su caso, los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales deben ser reembolsados por la llamada en garantía MAPFRE, por ser la Aseguradora con quien contrató tales pólizas y quien recibió a satisfacción las mencionadas primas, basta señalar que dicha entidad de seguro es un tercero de buena fe que no participó en la afiliación de la promotora de la acción con la AFP, por lo que mal se haría en endilgársele responsabilidad por una omisión en la obligación de información y asesoría que no le es imputable. Aunado a lo anterior, como se dejó sentado en líneas que anteceden, la jurisprudencia especializada laboral ha sido pacífica en que tales emolumentos deben ser retornados por las AFP del RAIS en los casos como el que ahora se estudia, con cargo a sus propios recursos, de ahí que resulta totalmente improcedente la solicitud elevada por esta recurrente.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando

que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.”

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada

una.

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

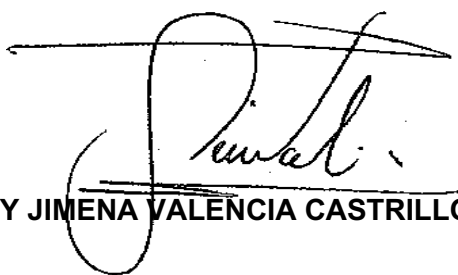
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 26 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y SKANDIAS.A.** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-035-2021-00517-01
DEMANDANTE:	SANDRA MILENA SAZA ARÉVALO
DEMANDADO:	INDUSTRIA ALIMENTARIA TRICONDOR S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 10 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo-prestaciones
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la DEMANDANTE contra la sentencia del 10 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **SANDRA MILENA SAZA ARÉVALO** contra **INDUSTRIA ALIMENTARIA TRICONDOR S.A.S.** con radicado No. **11001-31-05-035-2021-00517-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, del 1º de enero de 2008 al 9 de enero de 2020, cuya terminación unilateral le es imputable al empleador, la cual tuvo lugar a causa de conductas de acoso laboral; como consecuencia de ello, se condene a la encartada al reconocimiento y pago de las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, calzado y vestido de labor; todo ello causado durante la vigencia de la relación laboral, así como las horas extra diurnas ordinarias, a razón de 6 horas diarias de lunes a sábado, para un total de 3.561 días, junto con la indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, aportes a seguridad social en pensiones dejados de cancelar entre el 1º de enero de 2008 hasta el 1º de marzo de 2011, debidamente indexados, lo que resulte *probado ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la sociedad Beltco S.A.S. se constituyó como sociedad por acciones simplificadas y fue inscrita el 9 de septiembre de 2016, siendo cambiado su nombre posteriormente, por el de Industria Alimenticia Tricondor S.A.S. Que conforme a certificación del 6 de noviembre de 2014, prestó los servicios personales a favor de la demandada en el cargo de Mercaderista en los municipios de Guachetá, Ubaté, Cucunubá, Sutatausa, Nemocón, Zipaquirá, Susa, Simijaca y Pacho del Departamento de Cundinamarca, así como en Chiquinquirá, Boyacá. Que laboró para la convocada desde el 1º de enero de 2008 hasta el 9 de enero de 2020, bajo las órdenes de la empleadora, teniendo como contraprestación de los servicios un último salario de \$980.657 más auxilio de transporte.

Añadió que su horario de trabajo era de lunes a viernes de 5:00 a.m. a 8:00 pm, con una hora de almuerzo entre las 12:00 m. y la 1:00 pm. Que la labor fue desempeñada hasta el 9 de enero de 2020, debido al constante acoso laboral al que fue sometida por parte de uno de los directivos principales

¹ Páginas 1 a 40 Archivo 01 y Archivo 11 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de la accionada, aclarando que debió presentar carta de renuncia soportada en dichas razones. Que durante el tiempo de duración de la relación laboral, nunca recibió vestido y calzado de labor, ni le fueron canceladas las prestaciones sociales y vacaciones, menos aún le fueron pagadas las 6 horas extras diarias que laboró durante la vigencia del contrato. Que tampoco fue afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Riesgos Laborales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que existió un contrato de trabajo con la actora, pero bajo la modalidad a término fijo inferior a un año, el cual tuvo su inicio el 1º de julio de 2015 y, su vencimiento el 31 de diciembre de 2015, siendo prorrogado en el tiempo hasta el 13 de enero de 2020, y culminó por renuncia escrita presentada por la demandante el día 10 de enero de 2020.

Añadió que durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 1º de julio de 2015, no existió legalmente ningún tipo de contrato de trabajo entre la sociedad demandada y la parte actora, pues la empresa solamente nació a la vida jurídica en el año 2015, tal como se desprende del certificado de existencia y representación legal que aparece incorporado al plenario. Resaltó que la carta de renuncia allegada con la demanda, no se corresponde con la que fue recibida vía correo electrónico por la empresa, por lo que se desconoce dicha documental, misma que no tiene constancia de recibido por esta. Sumó a ello que, durante la vigencia de la relación laboral, reconoció las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social que se causaron a favor de la trabajadora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del contrato de trabajo a término indefinido pretendido por la parte actora, inexigibilidad de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, buena fe contractual, inexigibilidad de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, improcedencia del pago de horas

extras solicitadas en las pretensiones de la demanda, improcedencia del pago de indemnización por concepto de dotaciones, pago de las obligaciones demandadas, prescripción y la genérica².

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de marzo de 2023, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones impetradas por la actora y condenó en costas al extremo activo.

Como fundamento de su decisión, manifestó la *A quo* en primer lugar, que la demandada aceptó la prestación personal del servicio de la demandante en el cargo de mercaderista, atendiendo las rutas que la demandada le trazaba, frente a lo cual no media duda de la existencia del contrato de trabajo. Agregó sobre los extremos laborales que para su determinación, no pueden considerarse las certificaciones aportadas por la demandada, pues aquella que fue expedida por el señor Alirio Beltrán, hace referencia a una empresa con un NIT distinto a la aquí convocada, aunado a que la persona en mención no hace parte de la pasiva como se advierte de su certificado de existencia y representación legal; así mismo, la certificación aportada con fecha de expedición 8 de octubre de 2013, por la señora Mayra Beltrán Acosta, es anterior a la fecha de nacimiento a la vida jurídica de la pasiva, que lo fue el 2 de febrero de 2015, acto que se hizo oponible con su inscripción el 9 de septiembre de 2016, concluyendo que las certificaciones anotadas, no permiten demostrar que la actora prestó sus servicios a la convocada en tiempo anterior a su creación.

Señaló que en el plenario obra contrato a término fijo inferior a un año celebrado entre la demandante y la sociedad aquí convocada, en el que se indica que la relación laboral inició el 1º de julio de 2015, por lo que en dicha data se debe entender que comenzó el contrato alegado, el cual se ejecutó

² Páginas 1 a 46 Archivo 09, Archivo 14 y Archivo 15 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

hasta el 13 de enero de 2020, pues la actora presentó renuncia a partir de esta última fecha. También dijo que en el caso objeto de estudio, se encuentra demostrado el pago de las prestaciones sociales y las vacaciones reclamadas por el extremo activo, por manera que no es procedente impartir condena por dicho concepto.

Advirtió que la parte demandada acreditó el suministro de calzado y vestido de labor, aunado a que no se evidencia que la actora haya sufragado con su propio dinero tal concepto, y mucho menos que haya sufrido perjuicio por la falta de entrega o entrega incompleta de la dotación requerida para el desarrollo de sus funciones, por tanto, no ha de imponerse condena por dicha prestación.

Dijo que de las pruebas arrimadas en el proceso no se advierten planillas de los turnos asignados a la trabajadora desde el inicio de la relación laboral, que permitan verificar la ejecución de las labores de la activa, más allá de la jornada laboral ordinaria, motivo por el cual no es procedente imponer condena a título de trabajo suplementario.

Manifestó que la carta de renuncia allegada por la demandante con su demanda, no cuenta con constancia de recibido y es diferente a la anexada por la encartada, a más que no obra prueba demostrativa que aquel documento fue el presentado ante la empleadora, acotando que en gracia de discusión, la accionante no acreditó los motivos aducidos para presentar su renuncia, esto es, los hechos relacionados con un presunto acoso laboral, circunstancia que da al traste con la indemnización por despido sin justa causa.

Concluyó advirtiendo que, a la terminación del vínculo laboral, la encartada reconoció a favor de la actora la liquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias adeudadas, aunado a que demostró efectuar los respectivos aportes a pensión durante los extremos laborales reconocidos, por tanto, no puede accederse a la indemnización moratoria, ni a condena por aportes a pensión.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación contra la anterior decisión, y como argumentos de disidencia, indicó que *“(…) en cuanto a los extremos temporales, como lo dijeron acá los testimonios, la misma empresa, hasta inclusive el representante legal, se trata de una misma familia, se trata de un misma persona, se trata de un mismo empleador, que valiéndose de un cambio de razón social a raíz de una separación, se colocaron un nuevo nombre y naciera, como así lo hizo ver el extremo pasivo, a la vida jurídica, lo que no desdibuja que hubo una prestación real del trabajo desde el año 2008 como se pretende y se demostró aquí en las diligencias, no sólo con la parte testimonial, sino con la parte documental debidamente aportada, que se le debe dar valor a estos documentos, es tan así que todos los documentos figuran Tricondor SAS, todos los documentos figuran firmados por la familia Beltrán. Es así que se trata de un mismo negocio, de un mismo contrato laboral, que por el contrario, no se objetó tales certificaciones y que se deben tener por ciertas estas para el período comprendido entre el extremo temporal, así como la jornada laboral fue debidamente probada, aquí en audiencia ninguno de los testimonios tuvo claridad frente al control de esta jornada suplementaria, que por el contrario, el único medio de control era el rutero, rutero que fue aportado por este extremo de la demanda, mismo rutero que también establece las horas de inicio como las horas de finalización, el sitio de trabajo, y además deja ver la hora de finalización de las mismas, en tal sentido su señoría dejo argumentada la apelación”*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y los argumentos expuestos en el recurso de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si el contrato de trabajo existente entre las partes, en realidad tuvo como extremo inicial el 1º de enero de 2008, como se peticiona en la demanda; derivado de ello, proceder a analizar la prosperidad de los ruegos condenatorios, incluida la procedencia del pago de las horas extras.

CONSIDERACIONES

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación del mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del CGP, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga que le incumbía y, en consecuencia, logró demostrar la prestación personal del servicio desde el 1º de enero de 2008 a favor de la sociedad aquí demandada, para enmarcar su nexo en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».

Corolario a ello, y con el propósito de resolver la anterior disquisición, preciso es advertir que, de las pruebas documentales y las declaraciones rendidas en el proceso, no es posible constatar, contrario a lo referido en la alzada, que el contrato de trabajo declarado por la juez A quo entre las partes comparecientes, se ejecutó desde el extremo inicial que señala en su demanda, esto es, desde el 1º de enero de 2008.

Ello es así en la medida que, en primer lugar, obra contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito entre los extremos procesales de fecha 1º de julio de 2015, en virtud del cual la demandante fue vinculada por la empresa accionada para desempeñar el cargo de mercaderista (páginas 47 a 51 del archivo 01 del ED); así mismo, se observa que, como lo manifestó el Juzgado de Conocimiento, la persona jurídica aquí convocada, solo fue constituida hasta el 4 de febrero de 2015, y fue inscrita el 9 de septiembre de 2016, bajo el nombre Grupo Beltco S.A.S., el cual fue modificado el 12 de septiembre de 2016 y registrado el 23 de septiembre de similar año, con el nombre de Industria Alimenticia Tricondor S.A.S., como emana del certificado de existencia y representación legal obrante en las páginas 42 a 46 del archivo 01 del ED.

De suerte que, ante la inexistencia de la persona jurídica llamada a la acción antes del 4 de febrero de 2015, mal podría la Sala declarar que el contrato de trabajo reconocido por el A quo, en realidad tuvo lugar desde el 1º de enero de 2008.

Ahora bien, no desconoce la Sala de Decisión, que en el expediente obran diversas certificaciones que dan cuenta de la prestación de los servicios de la actora en calidad de mercaderista antes de la constitución de la empresa demandada; sin embargo, dichas documentales no tienen la virtud de acreditar esa prestación del servicio a favor de la Industria Alimentaria Tricondor S.A.S., como quiera que las mismas fueron expedidas con anterioridad a su existencia, aunado a que de los datos contenidos en ellas, es posible advertir que en realidad la demandante se desempeñó como mercaderista a favor de un tercero, que no fue vinculado al presente proceso.

Así, nótese que, mediante comunicación del 12 de junio de 2008, el señor Alirio Beltrán aduciendo ser representante legal de la empresa o establecimiento denominado Condimento Tricondor, procedió a presentar a la señora Sandra Milena Saza ante sus clientes como mercaderista de la zona de Chiquinquirá, en los términos que se observan a continuación³:



52

Señores:
CLIENTES
Chiquinquirá

Asunto: Presentación Mercaderista

Yo **ALIRIO BELTRAN** identificado con CC. 5.764.949 de Socorro, Representante Legal de Condimento Tricondor, presento a la señora **SANDRA MILENA SAZA AREVALO** identificada con CC. 33.702.242 de Chiquinquirá, como mercaderista de la zona de Chiquinquirá, quien está autorizada para realizar mercadeo.

Agradezco la atención prestada,

Atentamente,


ALIRO BELTRAN
5. 764.949 de Socorro

En igual sentido, se constata que mediante certificación de fecha 8 de octubre de 2014, la señora Maira M. Beltrán Acosta, aduciendo ser gerente de la empresa Industria Alimenticia Tricondor, indicó que la demandante presta

³ Página 52 Archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

sus servicios como mercaderista desde el año 2008, en los precisos términos que se advierten a continuación:

CERTIFICACIÓN LABORAL

MAIRA M BELTRAN ACOSTA, identificada con cedula de ciudadanía número 63.438.451 expedida en Vélez Santander, en calidad de gerente de la empresa **INDUSTRIA ALIMENTICIA TRICONDOR**. Certifico que la señora **SANDRA MILENA SAZA AREVALO** identificada con la cedula de ciudadanía N° 33.702.242 expedida en Chiquinquirá Boyacá, presta los servicios como mercaderista desde el año 2008 y tiene contrato vigente actualmente, devengado un sueldo promedio de \$ 1.000.000 que consta del salario mínimo que corresponde a \$616.000 y comisiones promedio de \$384.000, sobresale por ser una persona responsable puntual y honesta en la labores que desempeña.

Se expide a solicitud del interesado en Vélez Santander a los ocho (8) días del mes de octubre de dos mil trece (2014).

Atentamente,


MAIRA BELTRAN ACOSTA
C.C 63.438451
GERENTE

Adicional a lo anterior, se tiene que en certificación de fecha 6 de noviembre de 2014, el señor Alirio Beltrán aduciendo ser representante legal y propietario de la empresa Industria Alimenticia Tricondor, identificada con NIT 5.764.949-0, señaló que la demandante presta los servicios como mercaderista, por virtud de un contrato a término indefinido, desde el 1º de enero de 2008, conforme se advierte a continuación⁴:

⁴ Página 53 Archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CERTIFICACIÓN LABORAL

ALIRIO BELTRAN, identificado con cedula de ciudadanía número 5.764.949 del socorro, en calidad de Representante Legal y Propietario de la empresa **INDUSTRIA ALIMENTICIA TRICONDOR** identificada con NIT 5.764.949-0. Certifico que la señora **SANDRA MILENA SAZA AREVALO** identificada con la cedula de ciudadanía N° 33.702.242 expedida en Chiquinquirá Boyacá, presta los servicios como mercaderista desde el 1 de enero de 2008 y tiene contrato vigente actualmente a termino indefinido, devengado un sueldo promedio de \$ 1.000.000 que consta del salario mínimo que corresponde a \$616.000 y comisiones promedio de \$384.000, sobresale por ser una persona responsable puntual y honesta en la labores que desempeña.

Se expide a solicitud del interesado en Vélez Santander a los seis (6) días del mes de noviembre de dos mil catorce (2014).

Atentamente,


ALIRIO BELTRÁN
C.C 5.764.949

Así las cosas, analizadas en conjunto las certificaciones anteriormente referenciadas, es posible establecer que la demandante si bien prestaba sus servicios en calidad de mercaderista desde el año 2008, como se dijo, lo cierto es que ello no fue a favor de la aquí demandada, en cuanto que dichas documentales, además de ser expedidas, con anterioridad al nacimiento a la vida jurídica de la sociedad accionada, hacen referencia a supuestas empresas que tienen denominación distinta, cuales son, Condimento Tricondor e Industria Alimenticia Tricondor, que entiende la Colegiatura, en realidad corresponden a establecimientos de comercio, pues nótese que en la última certificación traída a colación, se hace mención al NIT 5.764.949-0, el cual coincide con el número de cédula de ciudadanía del señor Alirio Beltrán, quien por ello se entiende que había contratado a la activa como persona

Alimentaria Triconfor S.A.S. en realidad tuvo como extremo inicial el 1º de enero de 2008, porque las documentales referidas permiten advertir que la demandante, antes de julio de 2015, no prestó sus servicios a la empresa demandada, sino a favor de una persona natural diferente, de nombre Alirio Beltrán, quien como se dijo, no se encuentra vinculado al proceso.

Por tanto, necesario resulta resaltar el acierto en la determinación esbozada por el A quo, al señalar que el contrato de trabajo deprecado, debe ser reconocido desde el 1º de julio de 2015, como así se dispuso por las partes en el respectivo documento obrante a páginas 47 a 51 archivo 01 del ED.

Lo precedente, claramente da al traste con la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de un solo contrato de trabajo con el extremo pasivo desde el año 2008, e imposibilita la fulminación de las condenas deprecadas, incluso el reconocimiento de las horas extras reclamadas, porque aunque con la demanda se allegaron unas planillas que dan cuenta del horario de trabajo cumplido por la demandante, las mismas no tienen la virtud de comprometer a la parte accionada, toda vez que ellas datan de los años 2009, 2010 y 2013, es decir, cuando aún no estaba vigente la relación laboral entre los extremos procesales (Páginas 56 a 62 del Archivo 01 del ED), no encontrando la Sala ningún otro medio de convicción que permita constatar el cumplimiento de las funciones de la trabajadora más allá de la jornada ordinaria desde julio de 2015, pues de ello solo dan cuenta las testimoniales, cuyos dichos se contradicen entre sí, porque las declarantes Claudia Rodríguez Sánchez (min. 29:38 – 41:19 del archivo 22 del ED), en calidad de auditora de la demandada y Angie Natalia Rodríguez Valencia (min. 42:00 – 54:19 del archivo 22 del ED) auxiliar de nómina, adujeron que la demandante no prestó sus servicios por fuera de la jornada laboral ordinaria de 8:00 am a 5:00 pm, en contraposición a lo manifestado por el señor Héctor Alfonso González (min. 07:44-24:00 archivo 24 del ED), en calidad de esposo de la convocante, quien en todo caso no indicó de manera precisa los días y las horas extras, en las cuales esta laboró.

Recuérdese que era deber de la parte que la alega, si quiera demostrar la prestación del servicio humano respecto a la persona jurídica demandada dentro de los extremos laborales que adujo, con pruebas que conduzcan a corroborar la relación laboral al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión analógica de que trata el artículo 145 del Estatuto Adjetivo Laboral; por lo que habrá de confirmarse la decisión impartida por el A quo, en cuanto absolvió de las pretensiones formuladas, pues consideró que el contrato alegado tuvo lugar desde el 1º de julio de 2015 hasta el 13 de enero de 2020, extremo este último que no se analiza, por cuanto ello no es objeto de la alzada.

Conforme a lo expuesto, se confirma la decisión opugnada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a la fecha del pago.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de marzo de 2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a la fecha del pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-037-2020-00502-01
DEMANDANTE:	LUIS ENRIQUE SÁNCHEZ SERNA
DEMANDADO:	UGPP
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 7 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Mesada Catorce
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 7 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS ENRIQUE SÁNCHEZ SERNA** contra **UGPP** con radicado No. **11001-31-05-037-2020-00502-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción en síntesis pretende, se declare que tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, desde el momento en que comenzó a disfrutar la pensión convencional, esto es, a partir del 9 de mayo de 2010 cuando cumplió 55 años, por haber adquirido la prestación el 27 de junio de 1.999, en los términos de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y la organización sindical Sintracreditario; como consecuencia de ello, solicita ordenar a la demandada restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada de junio desde el 9 de mayo de 2010 a futuro, junto con la indexación.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios personales a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más 20 años, siendo terminado su contrato de trabajo el 27 de junio de 1.999 por parte de la empleadora, data desde la cual adquirió la pensión prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, la cual se hizo exigible cuando cumplió la edad de 55 años, esto es, el 9 de mayo de 2010, y es por ello que, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia emitió la Resolución 2313 del 6 de octubre de 2010, por medio de la cual reconoció a su favor la pensión convencional, en cuantía inicial de \$ 1.012.517,32, que equivale al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, y a su vez, reconoció y ordenó el pago de la mesada adicional de junio o mesada 14. Que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia emitió la Resolución 617 del 14 de marzo de 2012, mediante la cual indexó la pensión de jubilación convencional, estableciendo su valor en \$ 1.901.190,20, a partir del 9 de mayo de 2010. Que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de manera unilateral suspendió el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce. Que agotó la respectiva reclamación administrativa ante la encartada.

¹ Páginas 5 a 16 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

UGPP.²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando en síntesis que no es procedente el reconocimiento de la mesada adicional de junio o mesada 14 con posterioridad al Acto Legislativo 001 de 2005, pues el actor adquirió su estatus pensional el 9 de mayo de 2010.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, pago y compensación, improcedencia de intereses moratorios e indexación, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de julio de 2023, declaró que el derecho pensional concedido al demandante con fundamento en el Parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1998-1999 en la entidad Caja de Crédito Agrario, se causó el 27 de junio de 1999; declaró que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, a partir del momento en que empezó a disfrutar de la prestación convencional, que lo fue al cumplimiento de los 55 años de edad, esto es, 9 de mayo de 2010, en cuantía de \$1.901.190,20; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas de junio causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2016; condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor la suma de \$19.676.170.30, por concepto de mesadas adicionales generadas desde junio de 2017 hasta junio de 2023, valor que deberá ser indexado al momento de su pago, y condenó en costas a la UGPP.

² Páginas 3 a 11 archivo 07 y archivo 09 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo*, que la mesada 14 fue establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, para todos los pensionados, sin importar el origen de su prestación. Agregó que el pensionado es merecedor de tal mesada si antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 001 de 2005 causó su derecho a la pensión, pues de lo contrario, tendrá derecho a la mesada 14 si el valor de la pensión no supera los 3 SMLMV, acotando que, en todo caso, esa mesada fue derogada de manera definitiva después del 31 de julio de 2011. Dijo que, en el caso concreto, el actor adquirió su derecho pensional el 27 de junio de 1999, cuando tenía 23 años y 6 días de servicios a favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y fue retiro de la entidad, pues conforme al texto de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 y el alcance dado por la CSJ, la edad exigida en este tipo de prestación, únicamente es un requisito de exigibilidad del derecho, y es por ello que, en el *sub judice* el Acto Legislativo 001 de 2005 no tiene alcance para afectar la mesada 14 debatida, siendo lo procedente acceder a su reconocimiento, pero desde el mes de junio de 2017, por efectos de la prescripción trienal, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se elevó el 28 de noviembre de 2019, esto es, por fuera de los 3 años contados desde que fue suspendida la obligación en junio de 2012.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA UGPP**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que el Juzgado de Conocimiento ha desconocido que la fecha de causación de la pensión del actor, lo fue en octubre de 2010, esto es, para cuando ya se encontraba en vigencia el Acto Legislativo 001 de 2005, acotando que dicha normatividad, dejó sin fundamento la mesada 14 perseguida, dado que la prestación pensional del convocante supera los 3 SMLMV, por manera que resulta contrario a la ley el reconocimiento de la prestación en mención. Añadió que debe ser revocada la condena en costas, en la medida que por la naturaleza de la entidad, esta administra recursos públicos, siendo aplicable lo definido por el Consejo de Estado, en el sentido que tal condena no opera de manera automática, sino que después de una valoración subjetiva, debe evidenciarse la mala fe y temeridad de la entidad, lo cual no se presenta en el presente caso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

CONSIDERACIONES

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si el accionante es beneficiario de la mesada catorce y si es procedente la condena en costas en contra de la accionada.

No se presenta discusión en lo que atañe a la condición de pensionado de LUIS ENRIQUE SÁNCHEZ SERNA, lo que adicional se ratifica con los medios de convicción adosados al plenario, que se analizan bajo lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el A quo, que al demandante le fue reconocida una pensión de jubilación convencional, a través de la Resolución No. 2313 del 6 de octubre de 2010, a partir del 9 de mayo de 2010 y en cuantía de \$1.012.517,32 (páginas 19 a 23 archivo 01 del ED), la cual fue indexada en valor de \$ 1.901.190,20, a partir del 9 de mayo de 2010, mediante la Resolución 617 del 14 de marzo de 2012 (páginas 24 a 26 archivo 01 del ED); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

Teniendo claridad de los presupuestos fácticos a que se circunscribe la *Litis*, esta Sala de Decisión se permite iniciar el estudio de la alzada relatando la disposición que dio lugar a la prestación rogada, concierne al artículo 41 de la Convención Colectiva, cuyo aparte se menciona en la Resolución 2313 del 6 de octubre de 2010, de la siguiente manera :

«A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, Continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

(...)»³.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, sobre la edad prevista en la Convención Colectiva de Trabajo referenciada, ha indicado que constituye un requisito de exigibilidad, entre otras, en la sentencia SL4049-2022, en la cual moduló que:

«Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

(...)

La vigencia de las relaciones contractuales de trabajo como objeto de la aplicación directa de las normas convencionales explica con facilidad que la edad pensional por ella prevista sea un requisito de estructuración de la

³ Páginas 19 a 23 archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

prestación, por eso, al lado de otros presupuestos, como por ejemplo el tiempo de servicio, el cumplimiento de la edad pensional durante su vigencia termina siendo consecuencia necesaria de su naturaleza temporal.

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional». (Subraya fuera de texto).

A su turno, ha de rememorarse que el inciso 8º, artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005 fue diáfano en señalar que: *«Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento»* (Resaltado de la Sala), y el párrafo transitorio 6º de la norma *ejusdem*, adocina:

«Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año» (Subraya la Sala)

Descendiendo al caso objeto de estudio, en primer lugar, debe partirse del hecho cierto, que al señor Luis Enrique Sánchez Serna le fue reconocida la pensión de jubilación convencional por los servicios prestados entre el 7 de septiembre de 1.976 y el 27 de junio de 1.999, es decir, por espacio de 22 años y 289 días, como así se reconoce en la Resolución 2313 del 6 de octubre de 2010 (páginas 19 a 23 Archivo 01 del ED).

Es así, como se puede concluir sin dubitación alguna que el ex trabajador, tiene derecho al reconocimiento de la mesada catorce, teniendo en cuenta que fue por imperio de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 se estatuyó, sin

diferencia o exclusión alguna, que esta prestación económica se reconoce a «*Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994*», sin que el Acto Legislativo 01 de 2005 afectara los derechos adquiridos con anterioridad a su expedición.

Ello es así, porque el aquí demandante solo debía acreditar el cumplimiento del tiempo de servicios con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, para consolidar su derecho pensional convencional. Luego entonces, al haberse causado el mismo en el año 1999, cuando fue retirado de la Caja Agraria con más de 20 años de servicios, el reconocimiento y pago de la mesada de junio o catorce, no se vio afectada por tal reforma constitucional, contrario a lo indicado por la pasiva en su alzada, quien erradamente indica que la pensión de jubilación del actor se consolidó cuando le fue reconocida en el año 2010, por el cumplimiento de la edad.

Puestas así las cosas, habrá de confirmarse la decisión controvertida en este aspecto y se procederá a revisar tanto la excepción de prescripción, como el retroactivo otorgado en primera instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la UGPP.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Al reconocerse el derecho en cabeza del demandante, se debe entrar a estudiar el fenómeno prescriptivo propuesto por la UGPP, al momento de contestar la demanda. Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que «*Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible,*

salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto».

En ese orden, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio legalmente recaudado, se evidencia que al actor le fue pagada su mesada 14 hasta el mes de junio de 2011 (páginas 31 a 33 del Archivo 01 del ED); además, la reclamación administrativa fue radicada ante la UGPP el 28 de noviembre de 2019 (páginas 27 a 30 archivo 01 del ED) y la demanda se formuló dentro de los 3 años siguientes, esto es, el 30 de noviembre de 2020 (Archivo 02 del ED), fluyendo innegable que las mesadas causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2016, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, tal y como acertadamente lo dispuso el Juzgado de Conocimiento.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Efectuados los cálculos aritméticos de rigor, se evidencia, que, las mesadas adeudadas al demandante, a la fecha de emisión de la presente sentencia, corresponden a los siguientes valores:

Tabla Retroactivo Pensional Mesada 14					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento	Valor mesada calculada	No de mesadas	Subtotal
1/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.486.785,91	1	\$ 2.486.785,91
1/01/18	31/01/18	4,09%	\$ 2.588.495,45	1	\$ 2.588.495,45
1/01/19	31/01/19	3,18%	\$ 2.670.809,61	1	\$ 2.670.809,61
1/01/20	31/01/20	3,80%	\$ 2.772.300,38	1	\$ 2.772.300,38
1/01/21	31/01/21	1,61%	\$ 2.816.934,41	1	\$ 2.816.934,41
1/01/22	31/01/22	5,62%	\$ 2.975.246,13	1	\$ 2.975.246,13
1/01/23	31/08/23	13,12%	\$ 3.365.598,42	1	\$ 3.365.598,42
					\$ 19.676.170,30

Así, se obtuvo un valor de \$19.676.170,30 como retroactivo causado a título de mesadas pensionales adicionales a favor del actor desde el año 2017, el cual resulta igual al valor definido por el Juzgado de Conocimiento.

Finalmente, la demandada manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente la imposición en su contra de costas procesales por el Juzgado de Conocimiento. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión del *A quo* de imponer condena en costas a la pasiva por tratarse de la parte vencida en el presente trámite, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, máxime que se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, mismas que no salieron avante.

Conforme a lo dicho habrá de confirmarse la sentencia opugnada. Costas en esta instancia a cargo de la **UGPP** por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

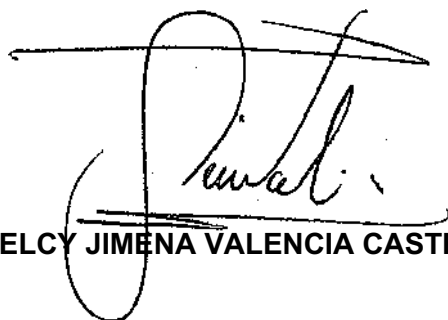
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **UGPP** por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-039-2022-00107-01
DEMANDANTE:	GLORIA MARITZA ARÉVALO LOZANO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 15 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad frente a la sentencia del 15 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GLORIA MARITZA ARÉVALO LOZANO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **AFP PORVENIR S.A.** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-039-2022-00107-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., al igual que para todos los efectos pensionales, se encuentra afiliada en el RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la AFP PORVENIR S.A., a realizar la devolución de todos los aportes que se encuentren en su cuenta individual de ahorro pensional, con los rendimientos financieros y el bono pensional; condenar a Colpensiones a recibir los emolumentos aludidos; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 4 de enero de 1965, motivo por el cual actualmente cuenta con 57 años. Que cotizó al RPM desde el 12 de febrero de 1985. Que el 19 de junio de 2001, se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección, sin que la asesora de la mentada administradora le brindara una explicación de las características del nuevo régimen, pues simplemente le dijo que este le era más beneficioso, porque el valor de su pensión de vejez sería mayor que el ofrecido en el RPM, en tanto sería semejante a un 90% del último salario devengado, teniendo la posibilidad de pensionarse en cualquier, todo ello, sin dar explicación amplia y de fondo. Que la asesora de la AFP también le refirió que el ISS sería liquidado, lo cual pondría en riesgo los aportes que había realizado, sin embargo, faltó al deber legal de informarle las desventajas, los riesgos o las situaciones que podían desfavorecerla, aunado a que faltó a su responsabilidad de mostrarle los escenarios y posibilidades de pensión, al ser considerada un afiliado lego. Que el 1º de agosto de 2002, se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sociedad que tampoco le ilustró sobre la información anotada. Que solicitó ante las demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS, sin embargo, recibió respuesta negativa de todas ellas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir

¹ Páginas 1 a 18 Archivo 01 Expediente Digital

en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por manera que, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica².

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la afiliación de la parte demandante con Porvenir S.A. en el año 2002, fue producto de una decisión libre, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público No. 1706090- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Formuló como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica³.

La demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que nos encontramos frente a

² Páginas 2 a 40 Archivo 10 Expediente Digital.

³ Páginas 2 a 22 Archivo 08 Expediente Digital.

un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues del formulario de afiliación se observa que la actora se trasladó al RAIS de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su vinculación, y es por ello que, tal acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo, como de la parte demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica⁴.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 15 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del RPM al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A, y por ende, no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del RPM, lo cual también deberá entenderse frente a la afiliación que posteriormente realizó ante PORVENIR S.A.; condenó a PORVENIR S.A. que transfiera a Colpensiones todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con el bono pensional de haberse redimido, los gastos de administración o comisiones por administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con la debida indexación de estos últimos emolumentos; ordenó a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera a Colpensiones todas las sumas que recibió por comisiones y gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente indexado al momento del pago; ordenó a Colpensiones recibir los dineros provenientes de las AFP demandadas, al igual que reactivar la afiliación de la demandante sin solución de

⁴ Páginas 3 a 40 Archivo 09 Expediente Digital.

continuidad; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas; informó a Colpensiones que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar la ineficacia, ello ante Porvenir S.A. y Protección S.A.; condenó en costas a las AFP demandadas.

Como fundamentos de su decisión, la juez A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que las administradoras de los Fondos Privados hayan cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia.

Precisó que el hecho que la demandante hubiere sido trabajadora de la AFP Horizonte, no releva a Porvenir S.A. de la carga de probar que al momento de la afiliación se haya cumplido con ese deber de información con la seriedad que establece la norma, pues existe una mayor obligación de evidenciar que el empleador no se valió de su poder dominante, y por el contrario, cumplió con mayor detenimiento la obligación de explicar a la accionante las connotaciones de su afiliación o permanencia al RAIS. Añadió que la asesoría que se le pudo suministrar a la demandante sobre el manejo del bono pensional, en aras de desempeñar su cargo, solo tuvo ocurrencia hasta el 2014, aclarando que ello en todo caso, no subsana la omisión en el deber de información durante el traslado de régimen pensional, máxime que la activa ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, de retronar al RPM, desde el 4 de enero de 2012. Por tanto, concluyó que se abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, exponiendo como argumentos que no comparte la decisión del A quo en cuanto a que se debe proceder a la devolución de gastos de administración, primas de

seguros previsionales y descuentos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Así, dijo que en la sentencia SL9316-2016, se precisó que la indexación es una actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación del dinero por el transcurso del tiempo, dada la condición inflacionaria de la economía, de suerte que existe una incompatibilidad entre los rendimientos que deben garantizar las AFP y la indexación, teniendo en cuenta que los recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada no se han visto afectados por la inflación, y por el contrario, se han generado sobre ellos unos frutos que exceden el mínimo previsto en la ley.

Adujo que el Tribunal Superior de Cali dentro del proceso 2021 562, en sentencia del pasado 20 de enero del año en curso indicó “(...) respecto de la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que puede haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revoca dicha condena a Colfondos y Porvenir (...)”. Dicha tesis fue reiterada por el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencias del 21 de junio y 25 de julio de 2022. Concluyó que la indexación sin duda implica la imposición de una doble sanción, por cuanto ya se está condenado a la AFP a la devolución de los rendimiento financieros, lo cual en todo caso, no atiende la figura jurídica de la ineficacia de traslado, pues sus consecuencias implican que las cosas deben retornar en el estado anterior, como si el traslado de régimen nunca hubiere existido, máxime que en el RPM no se genera ningún tipo de rendimientos sobre los aportes de los afiliados, al ser ello propio del RAIS.

La demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, exponiendo como argumentos que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, conforme a los preceptos legales y jurisprudenciales, además, no se acreditó que hubiese existido un tipo de engaño por parte de la AFP que dé paso al reconocimiento de la ineficacia de traslado perseguida, teniendo en cuenta que dentro de las oportunidades legales, la actora nunca manifestó intención de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS en el término de 21 años, debiendo por tanto asumir las consecuencias legales de su decisión, que no son otras que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el RAIS desde el día en que efectuó su traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en atención a los argumentos de la alzada y al grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por GLORIA MARITZA ARÉVALO LOZANO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PRPTECCIÓN, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN S.A.** (Página 25 archivo 01 del ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.** (Página 26 archivo 01

del ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar que, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues la actora fue clara al manifestar que la única información que recibió del asesor de Protección S.A. cuando trabajaba en ventas para una empresa, consistió en que podía pensionarse anticipadamente, aunado a que tendría tener una mejor pensión, una atención personalizada, que la sociedad estaría respaldada por el Estado y que tendría una cuenta de ahorro, sumado a que el ISS sería liquidado. Añadió que se trasladó a Horizonte porque fue contratada por dicha empresa,

aclarando que nunca fue asesora comercial de esta, pues sus funciones se circunscribieron a temas de digitación de información y de archivo. Que, si bien firmó el formulario de afiliación con Horizonte, no diligenció el campo de información laboral, en el cual se indica que fue asesora comercial. Que nunca recibió capacitación como trabajadora sobre el funcionamiento del RAIS, y que cuando tuvo lugar la fusión con Porvenir, cambió de cargo, hacia el año 2014, cuyas labores consistían en realizar los cobros de los bonos pensionales con entidades públicas, para lo cual recibió capacitación, pero solamente en materia de cobros (Min.09:16 a 25:02 archivo 18 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobraron las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Lo anterior, pese a que la actora tenga la calidad de empleada de la AFP Horizonte hoy Porvenir, pues cuando realizó el traslado de régimen pensional a través de Protección, momento para el cual debió ser informada debidamente sobre las consecuencias de tal acto, prestaba sus servicios para una empresa diferente, esto es, Protempore S.A. como emana del formulario de afiliación (Página 25 archivo 01 del ED), aunado a que de su interrogatorio no se advierte que cuando comenzó a prestar sus servicios para Horizonte, haya desempeñado un cargo relacionado con asesoría de afiliados, o haya sido capacitada sobre las características tanto del RAIS como del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual además debió ser demostrado por Porvenir S.A.

En igual sentido, nótese que si bien la demandante afirma que actualmente trabaja en temas de bonos pensionales, para lo cual fue capacitada, lo cierto es que no existe una aceptación que ello hubiere sucedido desde la época del traslado a Protección o, desde que se afilió a Horizonte, pues precisó que tales funciones las desempeña desde el año 2014, por tanto, acertó el Juzgado de Conocimiento cuando concluyó que la condición de empleada de la

AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., no tiene la virtud de sanear la omisión en el deber de información para el momento de su traslado al RAIS.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

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

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una

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

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen*

sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dada la improsperidad de sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dada la improsperidad de sus recursos de apelación, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-002-2021-00413-01
DEMANDANTE:	LUIS ALBERTO CADENA OLARTE.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 12 de julio de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de vejez
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por la parte actora y la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la administradora de pensiones, respecto de la sentencia del 12 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS ALBERTO CADENA OLARTE** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-002-2021-00413-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES a partir del 1 de diciembre de 2014 computando los tiempos de servicios públicos y privados. Solicita se reconozca y pague igualmente, el retroactivo pensional, los intereses de mora, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 22 de marzo de 1939, por tanto, es beneficiario del régimen de transición- artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque a la entrada en vigencia de dicha norma (1 de abril de 1994), contaba con 55 años de edad.

Que no perdió el régimen de transición a la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, al haber cotizado al 29 de julio más de 750 semanas y antes del 31 de diciembre de 2014 alcanzó las respectivas 1000 semanas. Que, durante su vida laboral trabajó con el sector público en la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, desde el 16 de octubre de 1957 y hasta el 12 de junio de 1.970 para un total de 12 años, 5 meses y 10 días, equivalentes a 640.64 semanas.

Que, los tiempos cotizados al sector privado y de manera independiente fue durante los siguientes periodos; en la empresa AUDIOMOVIL Ltda. desde el 15 de septiembre de 1976 al 15 de junio de 1977, es decir, por espacio de 2 meses y 15 días. Luego en RUEDA RUBIANO ÁLVARO E, desde el 7 de julio de 1977 y hasta 01 de julio de 1980 y JACOBS ASOCIADOS & CIA LTDA, desde el 28 de enero de 1985 al 31 de enero de 1985.

¹ Archivo 01 Fs.2 a 6.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Que solicitó el reconocimiento de la pensión el 16 de diciembre de 2011, siendo negado mediante Resolución 101087 del 28 de enero de 2012, luego solicitó nuevamente el reconocimiento y pago de la prestación con respuesta negativa mediante las siguientes Resoluciones; No. 188422 del 22 de julio de 2013, GNR 42430 del 17 de febrero de 2014, VPB 28673 del 30 de marzo de 2015, GNR 188422 del 22 de julio de 2013, GNR 289414 del 19 de agosto de 2014, GNR 344488 del 30 de octubre de 2015 y GNR 2897 del 6 de enero de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos. Adujo, que al analizar cada normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, se determinó que no es aplicable al actor, debido a que el demandante no reúne los requisitos necesarios para la aplicación de los mismos a la fecha límite de la extensión del régimen de transición, esto es al 31 de diciembre de 2014, toda vez que para dicha data el actor no contaba con las semanas requeridas

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni la indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia para demandar, compensación, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

² Archivo 9 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de julio de 2023, declaró que el actor es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión a partir del 21 de septiembre de 2018, condenó al pago por concepto de retroactivo indexado de las mesadas pensionales causadas desde el 21 de septiembre de 2018 y las que se sigan causando hasta cuando el demandante sea incluido en la nómina, autorizando los descuentos en salud que procedan, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y gravó en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión, inició por realizar un recuento procesal sobre los hechos y pretensiones de la demanda y su respectiva contestación por parte de la Administradora. Estimó, que el actor era beneficiario del régimen de transición, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad, pues nació el 22 de marzo de 1939. Así mismo señaló que no perdió el régimen de transición a la entrada del Acto legislativo al contar con más de 750 semanas cotizadas, hecho que fue aceptado por la pasiva, siendo aplicable la normatividad establecida en el Acuerdo 049 de 1990, que establece que para pensionarse debe alcanzar la edad de 60 años y 1000 semanas en cualquier tiempo.

Explicó, que el 2 de marzo de 1999, cumplió con la edad de 60 años, frente a las semanas cotizadas procedió a describir cada uno de los periodos cotizados por sus respectivos empleadores. Dijo, que al verificar la historia laboral arroja un total de 4.556 días para Ferrocarriles del Norte de Colombia, 198 días para Audio móvil, 1091 días para Rubiano Alvarado, 1065 días para Belisario Martínez y 60 días como independiente, para un total de 995 semanas. Sin embargo, que se advierte unos aportes en mora por parte del empleador Jacob Ltda. y Audio móvil, y que según la jurisprudencia si la administradora no realiza el respectivo cobro debe contabilizarse a favor del trabajador, como sustento de lo anterior citó la sentencia SL 5172 del 2020.

Dijo, que atendiendo a las semanas en mora y no tenidas en cuenta por parte de Colpensiones, suma un total de 1010 semanas. Se refirió, que es viable la sumatoria de tiempos públicos y privados según el cambio jurisprudencial señalado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación laboral y citó las sentencias SL 1947 de 2020 y SL 766 de 2021. En consecuencia, concluyó que el actor es merecedor de la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2014, pues su última cotización la realizó en noviembre de 2014. Estableció, como tasa de remplazo el 75.2% al cotizar 1010 semanas en un IBL de los últimos diez años.

Negó la mesada catorce al causarse la pensión con posterioridad del 31 de julio de 2011 y también negó el pago de intereses moratorios, bajo el argumento que el extinto ISS hoy Colpensiones actuó en apego en la ley, pues reconocimiento de la pensión vejez, provino en razón a la aplicación del criterio jurisprudencial frente a la posibilidad de sumatorias de tiempos públicos y privados para pensiones del Acuerdo 049 de 1990.

Por último, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, al señalar que el actor instauró la demanda el 21 de septiembre de 2021, lo que significa que las mesadas anteriores al 21 de septiembre de 2018 se encuentran prescritas, de conformidad a los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, formuló recurso de apelación parcial aduciendo para el efecto, que debe reconocerse los intereses moratorios, por cuanto se le privó al derecho pensional desde el mes de enero de 2015, data que acreditó los requisitos a la pensión antes del 31 de diciembre de 2014. Que revisado el expediente la pensión fue negada mediante Resoluciones del 30 de octubre de 2015 y 6 de enero de 2015, calendas en la que ya se había pronunciado la Corte Constitucional respecto de la posibilidad de sumar

tiempos públicos y privados. Como soporte de lo anterior citó las sentencias T-408 del 2016 y la C 377-2020.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación contra la integralidad de la sentencia, bajo el argumento que en su momento la administradora realizó el respectivo estudio si el actor cumplía con los requisitos para acceder a la pensión del Acuerdo 049 de 1990, específicamente con las 1000 semanas antes del 31 de diciembre de 2014, sin embargo, revisada la respectiva historia laboral se advierte que las semanas en mora fueron reconocidas y están debidamente detalladas da un total de 344.86.

Que, atendiendo al precedente jurisprudencial citado por la Juez de instancia, frente a la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión bajo lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, de todas maneras, al realizar el respectivo conteo el demandante no alcanza las 1000 semanas que exige la norma ibidem.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones

legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, determinar si el señor LUIS ALBERTO CADENA OLARTE le asiste o no el derecho a la pensión de vejez, teniendo en cuenta los períodos que presentan inconsistencias en su historia laboral, segundo, si es viable la sumatoria de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 y tercero si resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que no ha sido objeto de discusión en este asunto, la edad del demandante o el número de semanas cotizadas antes del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, como tampoco el número de semanas de cotización efectuadas con posterioridad.

Son hechos indiscutidos y acreditados en el proceso, **(i)** Que el demandante nació el 22 de mayo de 1939 **(ii)** Que el 16 de diciembre de 2011, según lo consagrado en la Resolución No. 1011087 del 28 de enero de 2018, elevó solicitud de reconocimiento de prestación por vejez, siendo negada bajo el argumento que no cuenta con las 500 semanas requeridas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. (págs. 36-37 del archivo 01 del ED). **(iii)** Que el 6 de febrero de 2013, según lo consagrado en la Resolución GNR 188422 del 22 de julio de 2013, radicó petición de reconocimiento de la prestación, siendo negada por no acreditar las semanas suficientes. (págs. 38-39 del archivo 01 del ED) **(iv)** Que ante la inconformidad del actor presentó recurso de reposición y apelación, confirmando la negativa de la prestación mediante las resoluciones GRN 42430 del 17 de febrero de 2014 y VPB 28673 del 30 de marzo de 2015. **(v)** Nuevamente, el 10 de abril de 2015, según resolución GNR 344488 del 30 de octubre de 2015, elevó solicitud de la pensión de vejez, con respuesta negativa por parte de la pasiva, aduciendo que no logró acreditar las semanas suficientes. **(vi)** Que el actor presentó recurso reposición y apelación ante la administradora, quien mantuvo su posición mediante Resoluciones GNR 2897

del 6 de enero de 2016 y VPB 16341 del 11 de abril del mismo año. (págs. 60 a 71 del archivo 01 del ED).

La condición de beneficiario del régimen de transición, tal como lo determinó la entidad demandada al negar la prestación, se extendieron a su favor hasta el 31 de diciembre del año 2014, toda vez que a 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de ese año (Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez en principio le son aplicables las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión.

De tal manera, se advierte que el art. 12 del citado Acuerdo 049 de 1990, prevé como requisitos para acceder a la pensión de vejez, contar con 60 años de edad en el caso de los hombres, a los que arribó el demandante el 22 de marzo de 1999 y con un mínimo de 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima pensional o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, frente a lo cual, revisada la historia laboral remitida por la entidad (archivo 011 de ED), se tiene que el actor registra un total de 344,86 semanas de cotización al ISS, hoy COLPENSIONES, de manera discontinua durante el periodo del 15 de septiembre de 1976 al 30 de noviembre del 2014, por lo que en principio no cumpliría con las exigencias de la citada norma.

Sin embargo, no se puede perder de vista que de conformidad a las documentales recaudadas (págs., 541-542 del archivo 05) pruebas que fueron aportadas por la propia pasiva se evidencia que los ex empleadores Audio móvil Ltda. y Jacobs Asociados & Cia Ltda. presentan mora en los ciclos del 1 de abril de 1977 al 15 de junio de 1976 y del 28 de enero de 1985 al 1 de marzo del 1985 respectivamente. Lo anterior se evidencia de la casilla denominada “*observación*” del reporte de semanas cotizadas en pensiones expedida por la pasiva, y que contrario a lo señalado por la administradora en

el recurso no fueron tenidos en cuenta al momento del cómputo total de las semanas cotizadas. Tal como se ilustra a continuación:

Este reporte contiene el detalle de las semanas cotizadas hasta el 31 de diciembre de 1994.

[27] Identificación Empleador	[28] Nombre o Razón Social	[29] Ciclo Desde	[30] Ciclo Hasta	[31] Asignación Básica Mensual	[32] Dias Rep.	[33] Observación
1002801268	RUEDA RUBIANO ALVARO E	07/07/1977	31/10/1977	\$ 1.770	117	Pago aplicado al periodo declarado
1002801268	RUEDA RUBIANO ALVARO E	01/11/1977	31/12/1978	\$ 2.430	426	Pago aplicado al periodo declarado
1002801268	RUEDA RUBIANO ALVARO E	01/01/1979	31/01/1979	\$ 3.300	31	Pago aplicado al periodo declarado
1002801268	RUEDA RUBIANO ALVARO E	01/02/1979	30/09/1979	\$ 4.410	242	Pago aplicado al periodo declarado
1002801268	RUEDA RUBIANO ALVARO E	01/10/1979	01/07/1980	\$ 5.790	275	Pago aplicado al periodo declarado
1004005213	BELISARIO MARTINEZ HUEPO	15/06/1981	31/10/1981	\$ 9.480	139	Pago aplicado al periodo declarado
1004005213	BELISARIO MARTINEZ HUEPO	01/11/1981	14/05/1984	\$ 11.850	926	Pago aplicado al periodo declarado
1008210659	AUDIOMOVIL LTDA	15/09/1976	31/03/1977	\$ 1.770	198	Pago aplicado al periodo declarado
1008210659	AUDIOMOVIL LTDA	01/04/1977	15/06/1977	\$ 1.770	-76	Periodo en mora por parte del empleador
1008221641	JACOBS ASOCIADOS & CIA LTDA	28/01/1985	01/03/1985	\$ 30.150	-33	Periodo en mora por parte del empleador

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008210659	AUDIOMOVIL LTDA	15/09/1976	31/03/1977	\$1.770	28,29	0,00	0,00	28,29
1002801268	RUEDA RUBIANO ALVARO	07/07/1977	01/07/1980	\$5.790	155,86	0,00	0,00	155,86
1004005213	BELISARIO MARTINEZ H	15/06/1981	14/05/1984	\$11.850	152,14	0,00	0,00	152,14
2923489	CADENA OLARTE LUIS A	01/10/2014	30/11/2014	\$616.000	8,57	0,00	0,00	8,57
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								344,86

Del mismo reporte de semanas cotizadas en pensiones, permite evidenciar que en efecto los periodos en mora de los empleadores Audio móvil Ltda. y Jacobs Asociados & Cía. Ltda., correspondiente a los ciclos *-1 de abril de 1977 a 15 de junio de 1977 y 28 de enero de 1985 al 1 de marzo de 1985*, no fueron contabilizados por Colpensiones por tratarse de periodos en mora.

De lo anterior, se tiene que como lo ha precisado de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, es obligación de las entidades de seguridad social velar por el cumplimiento en el pago de las cotizaciones por parte de los empleadores, para lo cual la legislación les ha dado las herramientas necesarias a fin de obtener en forma coactiva el pago de los aportes y de los intereses de mora por el pago inoportuno de los mismos, sin que puedan trasladarse las consecuencias negativas de la omisión del empleador en el pago de los aportes, cuando la administradora no cumplió con su deber de cobro de los aportes, pues el afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar desplegando la actividad

económica por la que la contribución se causa (CSJ SL1624-2018, SL 5153-2020).

En ese orden, como la entidad demandada no demostró en el proceso el cobro coactivo oportuno de tales aportes, en los términos de la jurisprudencia aducida, no podrían trasladarse al demandante las consecuencias adversas del incumplimiento de su empleador y de la omisión de la entidad de seguridad social en el cobro oportuno de tales aportes. Aunado, ni siquiera a la luz de lo expuesto en el Decreto 2665 de 1988, podrían desestimarse esos periodos en mora en la contabilización de las semanas para acceder a la pensión de vejez, en tanto ello solo es posible cuando, de manera previa a la causación del derecho, se ha declarado las cotizaciones como incobrables, lo cual no aparece evidenciado en el asunto que nos ocupa. Al efecto, el artículo 75 de esa normativa dice:

“EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCOBRABLE DE UNA DEUDA. No serán tenidas como cotizadas, ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los Seguros Sociales, las semanas correspondientes a los períodos de mora y respecto a los cuales los valores se declararon incobrables.

Cuando una deuda haya sido calificada como "incobrable" por el respectivo órgano directivo del ISS, será descargada contablemente de la "estimación cotizaciones de difícil cobro" y de la "cotización facturada por cobrar".

Disposición transcrita que, conforme a la providencia CSJ SL, 19 mayo 2009, rad. 35777, consiste en que:

[...] las consecuencias de la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones, a falta de esa declaración las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado, de diferente manera según el riesgo o de la prestación de que se trate.

Para la pensión de vejez las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su inexistencia”.

Cabe agregar que, en la CSJ SL, 28 agosto 2012, rad. 44202), se precisó que: «una vez causado el derecho pensional, cualquier procedimiento de cobro infructuoso no enerva ese derecho, de lo que surge, que en manera alguna se pueda otorgar

la pensión de manera provisional, pues lo que se castiga es la negligencia del ISS al no efectuar oportunamente las acciones de cobro pertinentes».

Según lo expuesto, habrá de tenerse en cuenta en el presente caso los períodos en mora bajo la denominación “*periodo en mora por parte del empleador*”, que equivalen a 15.76 semanas adicionales a las registradas en su historia laboral, para un total de 360.86 semanas. Tal como se enseña a continuación:

Empleador	Ciclo	Numero de semana
Audiomovil	01/04/1977 a 30/04/1977	4.29
Audiomovil	01/05/1977 a 31/05/1977	4.29
Audiomovil	01/06/1977 a 15/06/1977	2.14
Jacobs Asociados Ltda.	28/01/1985 a 31/01/1985	0.6
Jacobs Asociados Ltda.	1/02/1985 a 28/01/1985	4.29
Jacobs Asociados Ltda.	1/03/1985 a 1/03/1985	0.15
	TOTAL;	15.76

Aclarado lo anterior, resta por establecer si acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, es posible tener en cuenta todos los tiempos laborados a favor del sector público a través de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dado que la parte pasiva considera que, para el caso del convocante, no resulta procedente tal pedimento

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

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

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición

de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

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

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

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

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

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

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el

acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

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

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

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

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

El anterior criterio jurisprudencial, ha sido reiterado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1981-2020, SL2523 de 2020, SL4036-2022, de manera que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas, contrario a lo afirmado en la contestación, dado que en la actualidad dicha interpretación constituye doctrina probable al existir al menos 3 pronunciamientos en tal sentido, que no se limita al reconocimiento del derecho pensional, pues la Alta

Corporación en sentencia SL3801-2021, reiteró su posición sobre el tema, en un caso similar al aquí estudiado, en el cual se pretendía la reliquidación pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin que para el efecto resulte relevante la fecha en que fueren proferidas las decisiones en referencia, o incluso la sentencia SU 769 de 2014.

Bajo los anteriores derroteros, se tiene que la demandante acredita los requisitos establecidos en el artículo 12 *ejusdem*, al cumplir 60 años de edad el 22 de marzo de 1999, además, acredita un total de 1011 semanas, incluidas las cotizaciones realizadas al otrora ISS, los servicios prestados a favor de Ferrocarriles Nacionales de Colombia del 16 de octubre de 1957 al 11 de junio de 1970 conforme a la Resolución GNR 289414 del 19 de agosto de 2014 (fs. 51 a 55 archivo 01 del expediente digital), véase:

Que el (la) peticionario(a) cotizó los siguientes tiempos de servicio:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
FERROCARRILES NACIONALES DE CO	19571016	19700611	TIEMPO SERVICIO	4622
SIN NOMBRE NP 1008210659	19760915	19770331	TIEMPO SERVICIO	198
RUEDA RUBIANO ALVARO E	19770707	19800701	TIEMPO SERVICIO	1091
BELISARIO MARTINEZ HUEPO	19810615	19840514	TIEMPO SERVICIO	1065

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 6,976 días laborados, correspondientes a 996 semanas.

De las 996 semanas reconocidas por Colpensiones, habrá de sumarse las 15.76 semanas registradas en mora en su historia laboral, es decir, que cuenta con más de las 1000 semanas mínimas requeridas por la norma aplicable, de lo cual se concluye que tiene derecho a que su pensión sea reconocida en los términos del Acuerdo 049 de 1990, como así lo determinó la Juez de instancia.

Así las cosas, LUIS ALBERTO CADENA OLARTE tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir de la fecha en que adquirió su estatus de pensionado, esto es, desde el 1 de diciembre de 2014, pues revisada la historia laboral su última cotización fue por el periodo de noviembre de 2014, data en que ya contaba con más de 1000 semanas de las

exigidas por la norma. Entonces a partir de esa fecha, 1 de diciembre de 2014, fecha en que el accionante cumple con los requisitos exigidos en la ley para el goce y disfrute de la pensión reclamada.

Ahora bien, en cuanto a la prescripción, conforme a lo previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en materia laboral y de seguridad social, el término trienal de la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible. En ese sentido, es de señalar que, si bien la parte actora elevó sendas reclamaciones administrativas ante COLPENSIONES solicitando el reconocimiento y pago de la prestación en disputa, la Juez de instancia consideró que solo con la presentación de la demanda incoada el 21 de septiembre de 2021, se interrumpió el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, como no fue objeto de reparo por la activa el conteo prescriptivo señalado por la juzgadora y al desatarse el grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones que impide hacer más gravosa su situación, las mesadas pensionales con anterioridad al 21 de septiembre del 2018 están prescritas.

Por otra parte, no escapa la atención de esta Sala de Decisión, que la Juez de primer grado, no materializó el derecho sustancial deprecado, pues no concretó la condena impartida a la parte demandada, ni ofreció los parámetros para su liquidación, dado que su actividad jurisdiccional en dicho punto, se circunscribió a ordenar el pago del derecho suplicado, comportamiento este que no se ajusta a los lineamientos proscritos en materia laboral y de seguridad social, por cuanto los Jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos, dado que éstas no pueden quedar en manera alguna al arbitrio de un tercero o de la misma parte vencida en juicio, tal como se dispone en el art. 283 del CGP aplicable a los juicios del trabajo y de la seguridad social, por remisión del art. 145 del CPTSS, lo anterior, sin perjuicio, que en casos particulares, los operadores judiciales determinen los parámetros bajo los cuales debe hacerse la cuantificación de las condenas,

circunstancia que no es la que acaece en autos, pues, contaba con todos los elementos de juicio para cuantificar el valor de la prestación.

En esa medida, se materializará el monto de la pensión, y el Ingreso base de Liquidación, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, dispone que será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, y teniendo en cuenta que el demandante cotizó 1011 semanas, arroja un Ingreso Base de Liquidación equivalente a \$603.093, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, siendo el valor de la mesada para diciembre 2014, la suma de \$452.350, como dicho valor es inferior al SMMLV para dicha anualidad, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada corresponderá al salario mínimo mensual vigente par el año 2014, que asciende a \$616.000.

-----Continúa página siguiente-----

Promedio Salarial Anual							
Año 1967							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
15/03/67	31/03/67	17	420,00	14,00	\$ 238,00		
01/04/67	30/04/67	30	420,00	14,00	\$ 420,00		
01/05/67	31/05/67	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/06/67	30/06/67	30	420,00	14,00	\$ 420,00		
01/07/67	31/07/67	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/08/67	31/08/67	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/09/67	30/09/67	30	420,00	14,00	\$ 420,00		
01/10/67	31/10/67	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/11/67	30/11/67	30	420,00	14,00	\$ 420,00		
01/12/67	31/12/67	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
Total días		292			\$ 4.088,00	\$ 14,00	\$ 420,00
Año 1968							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/68	31/01/68	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/02/68	29/02/68	29	420,00	14,00	\$ 406,00		
01/03/68	31/03/68	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/04/68	30/04/68	30	420,00	14,00	\$ 420,00		
01/05/68	31/05/68	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/06/68	30/06/68	30	420,00	14,00	\$ 420,00		
01/07/68	31/07/68	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/08/68	31/08/68	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/09/68	30/09/68	30	420,00	14,00	\$ 420,00		
01/10/68	31/10/68	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
01/11/68	30/11/68	30	420,00	14,00	\$ 420,00		
01/12/68	31/12/68	31	420,00	14,00	\$ 434,00		
Total días		366			\$ 5.124,00	\$ 14,00	\$ 420,00
Año 1969							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/69	31/01/69	31	519,00	17,30	\$ 536,30		
01/02/69	28/02/69	28	519,00	17,30	\$ 484,40		
01/03/69	31/03/69	31	519,00	17,30	\$ 536,30		
01/04/69	30/04/69	30	519,00	17,30	\$ 519,00		
01/05/69	31/05/69	31	519,00	17,30	\$ 536,30		
01/06/69	30/06/69	30	519,00	17,30	\$ 519,00		
01/07/69	31/07/69	31	519,00	17,30	\$ 536,30		
01/08/69	31/08/69	31	519,00	17,30	\$ 536,30		
01/09/69	30/09/69	30	519,00	17,30	\$ 519,00		
01/10/69	31/10/69	31	519,00	17,30	\$ 536,30		
01/11/69	30/11/69	30	519,00	17,30	\$ 519,00		
01/12/69	31/12/69	31	519,00	17,30	\$ 536,30		
Total días		365			\$ 6.314,50	\$ 17,30	\$ 519,00
Año 1970							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/70	31/01/70	31	1.675,00	55,83	\$ 1.730,83		
01/02/70	28/02/70	28	1.675,00	55,83	\$ 1.563,33		
01/03/70	31/03/70	31	1.675,00	55,83	\$ 1.730,83		
01/04/70	30/04/70	30	1.675,00	55,83	\$ 1.675,00		
01/05/70	31/05/70	31	1.675,00	55,83	\$ 1.730,83		
01/06/70	12/06/70	12	1.675,00	55,83	\$ 670,00		
Total días		163			\$ 9.100,83	\$ 55,83	\$ 1.675,00

Año 1976							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
15/09/76	30/09/76	16	1.770,00	59,00	\$ 944,00		
01/10/76	31/10/76	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/11/76	30/11/76	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/12/76	31/12/76	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
Total días		108			\$ 6.372,00	\$ 59,00	\$ 1.770,00
Año 1977							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/77	31/01/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/02/77	28/02/77	28	1.770,00	59,00	\$ 1.652,00		
01/03/77	31/03/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
07/07/77	31/07/77	25	1.770,00	59,00	\$ 1.475,00		
01/08/77	31/08/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/09/77	30/09/77	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/10/77	31/10/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/11/77	30/11/77	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/12/77	31/12/77	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
Total días		268			\$ 17.154,00	\$ 64,01	\$ 1.920,22
Año 1978							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/78	31/01/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/02/78	28/02/78	28	2.430,00	81,00	\$ 2.268,00		
01/03/78	31/03/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/04/78	30/04/78	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/05/78	31/05/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/06/78	30/06/78	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/07/78	31/07/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/08/78	31/08/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/09/78	30/09/78	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/10/78	31/10/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/11/78	30/11/78	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/12/78	31/12/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
Total días		365			\$ 29.565,00	\$ 81,00	\$ 2.430,00
Año 1979							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/79	31/01/79	31	3.300,00	110,00	\$ 3.410,00		
01/02/79	28/02/79	28	4.410,00	147,00	\$ 4.116,00		
01/03/79	31/03/79	31	4.410,00	147,00	\$ 4.557,00		
01/04/79	30/04/79	30	4.410,00	147,00	\$ 4.410,00		
01/05/79	31/05/79	31	4.410,00	147,00	\$ 4.557,00		
01/06/79	30/06/79	30	4.410,00	147,00	\$ 4.410,00		
01/07/79	31/07/79	31	4.410,00	147,00	\$ 4.557,00		
01/08/79	31/08/79	31	4.410,00	147,00	\$ 4.557,00		
01/09/79	30/09/79	30	4.410,00	147,00	\$ 4.410,00		
01/10/79	31/10/79	31	5.790,00	193,00	\$ 5.983,00		
01/11/79	30/11/79	30	5.790,00	193,00	\$ 5.790,00		
01/12/79	31/12/79	31	5.790,00	193,00	\$ 5.983,00		
Total días		365			\$ 56.740,00	\$ 155,45	\$ 4.663,56
Año 1980							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/80	31/01/80	31	5.790,00	193,00	\$ 5.983,00		
01/02/80	29/02/80	29	5.790,00	193,00	\$ 5.597,00		
01/03/80	31/03/80	31	5.790,00	193,00	\$ 5.983,00		
01/04/80	30/04/80	30	5.790,00	193,00	\$ 5.790,00		
01/05/80	31/05/80	31	5.790,00	193,00	\$ 5.983,00		
01/06/80	30/06/80	30	5.790,00	193,00	\$ 5.790,00		
01/07/80	01/07/80	1	5.790,00	193,00	\$ 193,00		
Total días		183			\$ 35.319,00	\$ 193,00	\$ 5.790,00

Año 1981							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
15/06/81	30/06/81	16	9.480,00	316,00	\$ 5.056,00		
01/07/81	31/07/81	31	9.480,00	316,00	\$ 9.796,00		
01/08/81	31/08/81	31	9.480,00	316,00	\$ 9.796,00		
01/09/81	30/09/81	30	9.480,00	316,00	\$ 9.480,00		
01/10/81	31/10/81	31	9.480,00	316,00	\$ 9.796,00		
01/11/81	30/11/81	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/12/81	31/12/81	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
Total días		200			\$ 68.019,00	\$ 340,10	\$ 10.202,85
Año 1982							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/82	31/01/82	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/02/82	28/02/82	28	11.850,00	395,00	\$ 11.060,00		
01/03/82	31/03/82	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/04/82	30/04/82	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/05/82	31/05/82	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/06/82	30/06/82	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/07/82	31/07/82	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/08/82	31/08/82	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/09/82	30/09/82	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/10/82	31/10/82	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/11/82	30/11/82	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/12/82	31/12/82	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
Total días		365			\$ 144.175,00	\$ 395,00	\$ 11.850,00
Año 1983							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/83	31/01/83	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/02/83	28/02/83	28	11.850,00	395,00	\$ 11.060,00		
01/03/83	31/03/83	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/04/83	30/04/83	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/05/83	31/05/83	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/06/83	30/06/83	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/07/83	31/07/83	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/08/83	31/08/83	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/09/83	30/09/83	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/10/83	31/10/83	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/11/83	30/11/83	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/12/83	31/12/83	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
Total días		365			\$ 144.175,00	\$ 395,00	\$ 11.850,00
Año 1984							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/84	31/01/84	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/02/84	29/02/84	29	11.850,00	395,00	\$ 11.455,00		
01/03/84	31/03/84	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/04/84	30/04/84	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/05/84	14/05/84	14	11.850,00	395,00	\$ 5.530,00		
Total días		135			\$ 53.325,00	\$ 395,00	\$ 11.850,00
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/10/14	31/10/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
Total días		60			\$ 1.232.000,0	\$ 20.533,33	\$ 616.000,00

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1967	292	0,090	82,47	916,333	\$ 420,00	\$ 384.860,00	\$ 3.745.970,67
1968	366	0,100	82,47	824,700	\$ 420,00	\$ 346.374,00	\$ 4.225.762,80
1969	365	0,100	82,47	824,700	\$ 519,00	\$ 428.019,30	\$ 5.207.568,15
1970	163	0,110	82,47	749,727	\$ 1.675,00	\$ 1.255.793,18	\$ 6.823.142,95
1976	108	0,290	82,47	284,379	\$ 1.770,00	\$ 503.351,38	\$ 1.812.064,97
1977	268	0,360	82,47	229,083	\$ 1.920,22	\$ 439.891,29	\$ 3.929.695,50
1978	365	0,470	82,47	175,468	\$ 2.430,00	\$ 426.387,45	\$ 5.187.713,94
1979	365	0,560	82,47	147,268	\$ 4.663,56	\$ 686.792,73	\$ 8.355.978,21
1980	183	0,720	82,47	114,542	\$ 5.790,00	\$ 663.196,25	\$ 4.045.497,13
1981	200	0,900	82,47	91,633	\$ 10.202,85	\$ 934.921,16	\$ 6.232.807,70
1982	365	1,140	82,47	72,342	\$ 11.850,00	\$ 857.253,95	\$ 10.429.923,03
1983	365	1,410	82,47	58,489	\$ 11.850,00	\$ 693.098,94	\$ 8.432.703,72
1984	135	1,650	82,47	49,982	\$ 11.850,00	\$ 592.284,55	\$ 2.665.280,45
2014	60	79,560	82,47	1,037	\$ 616.000,00	\$ 638.530,92	\$ 1.277.061,84
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2014	\$ 72.371.171,06
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 603.093,09
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 452.319,82
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2014	\$ 616.000,00

Entonces, se tiene que las mesadas a reconocer desde el 21 de septiembre de 2018 hasta el 31 de agosto de 2023, inclusive, suman, \$59.653.167, en aplicación del artículo 283 del CGP.

Tabla Retroactivo Pensional 1SMMLV						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal	
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 644.350,00	0,00	\$ 0,0	
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.455,00	0,00	\$ 0,0	
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	0,00	\$ 0,0	
21/09/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	4,33	\$ 3.385.382,0	
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0	
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,0	
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,0	
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	13,00	\$ 13.000.000,0	
01/01/23	31/08/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	8,00	\$ 9.280.000,0	
Total retroactivo				\$ 59.653.167,00		

Respecto a los intereses moratorios aduce la parte actora que los mismos son procedentes a partir de la SU769 de 2014 proferida por la Corte Constitucional que permite la sumatoria de tiempos laborados en el sector público y semanas cotizadas en el ISS. Ahora bien, estima la Sala que no erró la A- quo en señalar que no son viables, toda vez que la pensión de vejez se otorga con fundamento en un cambio de jurisprudencial de nuestro máximo órgano de cierre a partir de la sentencia SL 1981 -2020, que abandonó su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas

exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postuló que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social.

La anterior postura se ratifica con las reiteradas decisiones en casos análogos al suscitado que han sido proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a cita de ejemplo véase las sentencias SL3454-2022, SL 3690-2022, SL 33899-2022, SL3811-2022 y SL 1262-2023, por citar algunas.

Sin costas al no prosperar los recursos formulados por ambas partes.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la Sentencia del 12 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de establecer que la pensión de vejez a reconocer por parte de COLPENSIONES, a partir del 21 de septiembre de 2018, equivale a la suma de \$781.242, para dicha calenda. Y la suma a reconocer por mesadas adeudadas por el periodo entre el 21 de septiembre de 2018 al 31 de agosto de 2023, es el valor de \$59.653.167.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-005-2021-00583-01
DEMANDANTE:	MARTHA INÉS LÓPEZ PRIETO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 28 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad frente a la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA INÉS LÓPEZ PRIETO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-005-2021-00583-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP PORVENIR S.A., retornarla junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos financieros que se hubieren causado, todo ello con destino al RPM; se ordene a COLPENSIONES recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; que se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó entre el 1º de julio de 1995 estuvo afiliada al otrora ISS hoy Colpensiones. Que en el mes de enero de 1997, cuando laboraba para la Clínica de Occidente se trasladó a la AFP Porvenir, porque el asesor de la mentada sociedad le indicó que el ISS desaparecería, perdiendo todo lo que había cotizado hasta ese momento, aunado a que en el nuevo régimen obtendría mayores rendimientos y podía pensionarse en el momento que quisiera; sin embargo, no fue informada sobre el derecho de retracto que le asistía. Que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS y su retorno a Colpensiones, sin embargo, recibió respuesta negativa. Que de conformidad con simulación pensional que fue realizada, se determinó que su mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que le correspondería en el RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderada, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS, ello se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que llevaron a cabo el traslado, resaltando que de los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda, como de las pruebas adosadas a las diligencias, no se advierte que se presentó algún vicio

¹ Páginas 1 a 18 Archivo 01 Expediente Digital

en el consentimiento al momento de su afiliación, que llegue a invalidar la misma.

Formuló como excepciones de fondo inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de 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, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica².

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la afiliación de la parte demandante con Porvenir S.A. en el año 1996, fue producto de una decisión libre, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público No. 816509- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT.

Formuló como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica³.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del RPM al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A; ordenó a PORVENIR S.A. que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los

² Páginas 2 a 23 Archivo 07 Expediente Digital.

³ Páginas 2 a 24 Archivo 04 Expediente Digital.

aportes de la actora, procediendo a actualizar su historia laboral; condenó en costas a Porvenir S.A.

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

Añadió que no hay lugar a la devolución de las primas de seguros previsionales, como quiera que la demandante se encuentra cubierta frente a los riesgos de invalidez y muerte, gracias a los pagos de las primas que de buena fe se han efectuado ante un tercero asegurador. Dijo que tampoco deben retornarse los gastos de administración, pues Porvenir en efecto los ha invertido para reportar rendimientos a favor de la actora, de suerte que debe conservarlos para mantener el equilibrio entre las partes que intervinieron en el acto jurídico de traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, exponiendo como argumentos, que se modifique el numeral segundo de la sentencia, pues la devolución de los emolumentos por parte de la AFP no solo deben incluir los aportes, frutos e intereses, sino también los gastos de administración, ya que tal como se indicó en la sentencia SL2611-2020, es un deber trasladar a Colpensiones esos gastos de administración, porque los mismos fueron descontados como resultado de una conducta indebida al momento del traslado, no pudiendo de esta manera permanecer en las arcas de la AFP, sino retornar al RPM. Dijo que en igual sentido, conforme a la sentencia 1421-2019, cuando se declara la ineficacia del traslado una de las consecuencias, corresponde a la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP. Añadió que también resulta procedente ordenar la

devolución a Colpensiones de las cuotas descontadas por concepto de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, con la debida indexación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en atención a los argumentos de la alzada y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARTHA INÉS LÓPEZ PRIETO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, entre ellas, el traslado de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y descuentos con destino al fondo de garantía de pensión mínima, como lo peticiona Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando

no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

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

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen

el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (Página 73 archivo 04 del ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar que, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada,

pues la actora fue clara al manifestar que hacia el año 1996 estaba haciendo su año rural con el Hospital Usaquén del Distrito y en el año 1997 se trasladó a la Clínica de Occidente, en donde firmó todos los documentos que le fueron entregados para celebrar su contrato, los cuales fueron allegados por la coordinadora de la mentada institución de salud, resaltando que no recuerda haber tenido contacto con un asesor o empleado de Porvenir S.A. Que se enteró que estaba afiliada a Porvenir S.A. cuando verificó los desprendibles de pago de nómina (Min. 07:25 a 16:49 archivo 13 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos financieros.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos

obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros; sin embargo, se observa que el Juzgado de Conocimiento se negó a disponer que la AFP demandada traslade con destino a Colpensiones los gastos de administración, e incluso los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada al RAIS, pese a que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, por manera que habrá de adicionarse la sentencia opugnada sobre este aspecto, para imponer tal obligación a la AFP Porvenir S.A., como así lo petitiona Colpensiones en recurso de apelación.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el

equilibrio económico. Dijo que: «[...] *más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso de apelación parcial de Colpensiones.

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

RESUELVE:

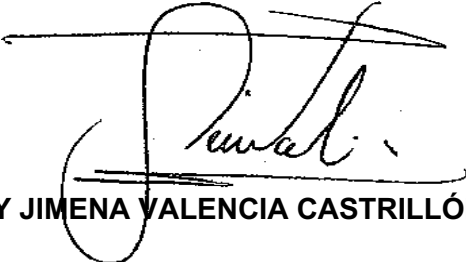
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo de afiliación de la demandante a dicha administradora, debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS ante la prosperidad del recurso de apelación parcial de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2019-00551-01
DEMANDANTE:	CARMELITA RAMÍREZ CAMACHO.
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 16 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 16 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARMELITA RAMÍREZ CAMACHO** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-007-2019-00551-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el 28 de abril de 1988 hasta el mes de agosto de 2002, que a finales del año 2002 los asesores de la AFP Porvenir S.A. le ofrecieron beneficios y condiciones superiores a los que podría obtener en la Caja de Previsión del Meta como en el ISS. Que antes, durante y después del traslado de régimen pensional ninguno de los asesores les brindó la información, pertinente, veraz y oportuna para tomar la decisión de trasladarse nuevamente, deber que tienen los fondos de pensiones. Adujo, que el ingreso base de cotización sobre el cual efectuar los aportes asciende a \$4.000.000, sin embargo, Porvenir S.A. le señaló que su mesada pensional sería por un SMLMV. Por último, que el 7 de junio de 2019, radicó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la nulidad de traslado, siendo negado mediante oficio del 11 del mismo mes y año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la demandante solicitó traslado horizontal con PORVENIR el 30 de agosto de 2002, con fecha de efectividad a partir del 01 de octubre de 2002, esto luego de una asesoría clara, pertinente y veraz, sobre las condiciones, características y funcionalidad del RAIS, conforme a la normatividad vigente para la fecha y las condiciones propias de la demandante para la fecha del traslado horizontal. Adujo, que la actora se trasladó al RAIS a partir del 1 de febrero de 1996 a través de Protección S.A.

¹ Fs. 1-8 Archivo 001 Expediente Digital

² Archivo 007 Expediente Digital

Propone como excepciones de fondo: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que como quiera que la accionante solicita la nulidad basada en que fue engañada al no brindarle información clara, oportuna y veraz sobre su traslado, es a la demandante a quien corresponde probar en debida forma que efectivamente se presentó alguno de los vicios en el consentimiento estipulados en el artículo 1508 del Código Civil, es decir, error, fuerza o dolo; vicios que deben ser comprobables de manera real y no solo con el dicho, pues no puede pasarse por alto que todo ciudadano al afiliarse a cualquiera de las entidades vinculadas al RAIS tiene la posibilidad de ejercer el retracto de esta, y al dejar que el tiempo corra sin hacer pronunciamiento alguno, ratifica su intención de mantenerse en el régimen elegido. Frente a los hechos acepta que la actora estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida desde el 28 de abril de 1988.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad del orden público y genérica.

PROTECCIÓN S.A.⁴

La administradora de fondos de pensiones con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, argumentó que el acto de traslado de la actora el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Adujo, que suscribió formulario de afiliación de forma libre y espontánea, libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de

Archivo 003 Expediente Digital
⁴ Archivo 015 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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, genérica, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir S.A., aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 16 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a Protección S.A., efectuada el 15 de enero de 1996 y el traslado del 30 de agosto del 2002 a Porvenir S.A., en consecuencia, ordenó a esta última a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular Carmelita Ramírez Camacho, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra Colpensiones, ordenó a las AFP privadas a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde su vinculación inicial a DAVIVIR hoy Protección S.A. desde 1996, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante Carmelita Ramírez Camacho desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales en 1988, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Adujo, que de conformidad a la jurisprudencial actual es deber de la AFP privada devolver los gastos de administración, aportes a seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la integralidad de la sentencia, argumentó que se trata de un tercero que no estuvo involucrada en el acto de traslado, que la referida orden afecta sustancialmente el principio de sostenibilidad financiera, pues se ve afectada la reserva pensional de los demás afiliados que cuentan con mejor derecho. Señaló, que en caso de aceptar el traslado se mantenga incólume la orden de devolver todos los aportes efectuados durante el tiempo de afiliación de la actora. Por último, en cuanto a la condena en costas, solicita su revocatoria, bajo el argumento que la entidad Estatal compareció al proceso y actuó bajo el principio de la buena fe.

La demandada **PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria conforme a lo requerido por la normatividad vigente para la época y que en consecuencia se entregaron a la demandante elementos objetivos para efectuar el traslado, sin que hiciera una doble asesoría para el momento, por lo que el traslado tenía plena validez; razón por la que solicita se revoque la decisión. Adujo, que no es viable desvirtuar los hechos de la demanda frente al deber de información, siendo la actora quien le corresponde la carga probatoria de demostrar los vicios de consentimiento al momento de afiliarse a DAVIVIR y luego PORVENIR S.A.

Agregó, que los gastos de administración, indicó que no procede su devolución pues se desbordan los efectos de la ineficacia, atendiendo que los

mismos no están destinados a financiar su pensión de vejez, y los aportes en seguros previsionales fueron trasladados a otras entidades y no se encuentran en su poder.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CARMELITA RAMÍREZ CAMACHO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De igual forma, si es procedente la condena en costas gravada a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

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

mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

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

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

Así mismo, es de señalar que brilla por su ausencia que la actora hubiere firmado y aceptado la afiliación a la administradora de fondo del Régimen privado, pues solo se cuenta con el sello y aprobación de la patronal “Universidad Antonio Nariño- Recursos Humanos”, tal como se advierte en la solicitud de vinculación

inicialmente a ING hoy PROTECCIÓN el 15 de enero de 1996 con fecha de efectividad del 1 de febrero de 1996, luego realizó el traslado horizontal a PORVENIR S.A. el 30 de agosto de 2002 con fecha de efectividad del 1 de octubre de 2002, (f. 72 Archivo 007 ED), única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS, por tanto no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a PORVENIR S.A. en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en indicar que para el año 1992 laboraba para la Gobernación de Meta, y en dicha entidad estaban afiliados a una Caja de previsión departamental, luego a finales del año 1994 le comunicaron que iban entrar en

liquidación, siendo así que para el año 1995 la entidad departamental inició a convocar a todos sus funcionarios al auditorio para unas capacitaciones con fondos privados. Señaló, que fue la AFP DAVIVIR la Administradora que realizó una reunión masiva y solo procedió a firmar el formulario. Al cuestionarse si fue informada en debida forma sobre las características de cada régimen y las consecuencias del traslado, contestó que solo procedió a dar datos personales y a firmarlo. Por último, que para el traslado PORVENIR S.A., tampoco fue informada que existía una prohibición para traslado de régimen, ni la forma en que se financiaba su pensión ni los requisitos. (Min. 05:31-25:40 archivo de audio y video 030 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] *más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de*

pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa la AFP del RPM durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en las demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROVENIR

S.A. por no haberles prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

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

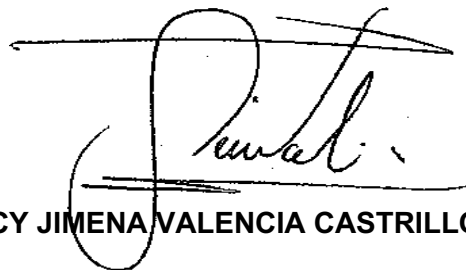
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31- 05-011-2019-00071-00
DEMANDANTE:	Jesús Humberto Patiño Pesellin.
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 10 de julio de 2023.-
JUZGADO:	Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la última entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 10 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **Jesús Humberto Patiño Pesellin** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, **PORVENIR S.A.** la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-011-2022-00489-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad de afiliación al RAIS administrado por PORVENIR S.A. inicialmente y luego el traslado horizontal efectuado a SKANDIA S.A. por incumplir con los deberes legales de información, como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a la AFP privada a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES, se ordene a esta última a recibir todos los aportes de la seguridad social que le sean trasladados con sus rendimientos correspondientes, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 10 de mayo de 1961, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES el 5 de abril de 1982 hasta el mes de septiembre de 2006, data que suscribió solicitud de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que SKANDIA S.A. no le suministró una propuesta debidamente expuesta y explicada a efectos de realizar la afiliación al traslado del régimen, ni tampoco le suministro información clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, específicamente sobre el monto y cálculo de la mesada con la cual se iría a pensionar, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Luego en el mes de octubre de 2007, realizó traslado horizontal a PORVENIR S.A. administradora que de igual forma no le informó de manera clara y detallada la naturaleza, características y condiciones propias del régimen de capitalización de ahorro individual con solidaridad, elevo derecho de petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la decisión de traslado fue libre,

¹ Fs. 1 - 28 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs.115-140 Archivo 001 Expediente Digital

voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se advierte del formulario de afiliación suscrito por el actor, de conformidad a lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo, que en dicha asesoría le informó sobre el régimen de transicional pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (100% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES³

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o la configuración de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, que se hizo de manera libre y voluntaria, ni tampoco cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y la vinculación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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,

³ Fs219-258 Archivo 001 Expediente Digital

inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

SKANDIA S.A.⁴

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la decisión de traslado fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se advierte del formulario de afiliación suscrito por el actor. Adujo, que Jesús Humberto Patiño Pesellin al momento de afiliarse con SKANDIA, venía de estar afiliado en PORVENIR (para el año 2006) por ende ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de éste régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante (por la situación de la AFP mencionada) la cual es una AFP que pertenecen al mismo régimen pensional de SKANDIA, presentan las mismas características en materia pensional.

Formuló como excepciones de fondo: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, 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 fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. –en adelante MAPFRE-

La aseguradora no se opuso ni se allano a las pretensiones de la demanda, adujo que la petición procesal idónea es la ineficacia del traslado, toda

⁴ Archivo 010 Expediente Digital

vez que son conceptos distintos que ha ido definiendo y moldeando la jurisprudencia. Frente al llamamiento, señaló que se opone la petición encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado, pues el único objeto de éste previsional regulado en los artículos 20, 60, 70, 77, 108 y 109 de la Ley 100 de 1993, es 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”; tal es la cobertura del seguro.

Propone como excepciones de fondo: el llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia del derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, MAPFRE no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 10 de julio de 2023, declaró la ineficacia de traslado del demandante a PORVENIR S.A. efectuada el dieciséis (16) de marzo de 1995, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración, pago de primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y fondo de garantía de pensión mínima, condenó a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante Jesús Humberto Patiño Pesellin del régimen de prima media con

prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por el demandante en el RAIS como semanas validas en la historia laboral, declaró probada las excepciones propuestas por la llamada en garantía y condenó en costas a las administradoras privadas.

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

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada en contra de la totalidad de la sentencia, indicó que el traslado que realizó el demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia, conforme a derecho de acuerdo a las normas vigentes para la época, por lo que no debía realizar proyecciones ni suministrar otra información, que no eran exigibles y solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación. Manifiesta que, la declaratoria de ineficacia repercute en el principio de sostenibilidad financiera, pues en el instante que no alcance el dinero en la cuenta de ahorro individual deberá asumir el fondo común la financiación de la mesada pensional del actor, afiliado que ha permanecido en el RAIS por espacio superior a veintiocho años.

La demandada **SKANDIA S.A.**, formuló recurso de apelación refiriendo que no participó en el acto directo de traslado de cambio de régimen sino en un traslado horizontal dentro del RAIS. Adujo, que no está de acuerdo con la orden impartida con la devolución gastos de administración, aportes a seguros previsionales para invalidez y sobrevivencia. Indicó que no procede su devolución luego de diez años, pues se desbordan los efectos de la ineficacia, atendiendo

que los mismos no están destinados a financiar su pensión de vejez, y conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, pues se tratan de rendimientos financieros por la buena gestión de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Por último, que la condena debe extenderse a las aseguradoras con quien se celebró los contratos de seguros previsionales, bajo el argumento que lo accesorio debe seguir la misma suerte de lo principal y, por tanto, queda sin efectos el contrato de seguros al perderse el interés asegurable.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JESÚS HUMBERTO PATIÑO PESELLIN, al régimen de ahorro individual administrados por las AFP'S PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación

de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, ni tampoco **SKANDIA S.A.** quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

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

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el

deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** el 16 de marzo de 1995 con fecha de efectividad el 1 de abril de 1995, (página 30 archivo 16 ED), luego se trasladó a PORVENIR S.A. el 4 de enero de 2000 con fecha de efectividad el 1 de marzo del año 2000, posteriormente el 17 de julio de 2006 se trasladó a SKANDIA S.A., para retornar nuevamente a PORVENIR S.A. el 31 de octubre de 2007 con fecha de efectividad del 1 de diciembre de 2007 (página 30 archivo 01 ED) **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, del cual no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **PORVENIR S.A.** y a **SKANDIA S.A.** no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de

cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a las administradoras privadas en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor manifestó que desde el año 1982 inició a laborar en Colchones Paraíso, que luego para el año 1995 empezó a trabajar como director de planeación del municipio de Anapoima, que para dicha época se acercó una asesora de la AFP Horizonte privada, quien le manifestó que el ISS se iba acabar y por tanto sus aportes estaban en riesgo, que en el RAIS tendría una mesada mayor y anticipada que el Régimen de prima media, que ante eso firmó el formulario de afiliación. Al cuestionarse si recibió una asesoría completa detallada de las características de la pensión de vejez en RAIS manifestó que no, señaló que desconocía que los requisitos en el RAIS para pensionarse eran totalmente diferentes al RPM. Por último, señaló que antes de llegar a la edad de 52 años no recibió ningún tipo de asesoría para indagar ante cual régimen era más favorables su mesada pensional- (Min. 25:10-35:07 archivo de audio y video 026 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias

SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

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

Frente al argumento de SKANDÍA S.A., relativo a que, en su caso, los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales deben ser reembolsados por la llamada en garantía MAPFRE, por ser la Aseguradora con quien contrató tales pólizas y quien recibió a satisfacción las mencionadas primas, basta señalar que dicha entidad de seguro es un tercero de buena fe que no participó en la afiliación de la promotora de la acción con la AFP, por lo que mal se haría en endilgársele responsabilidad por una omisión en la obligación de información y asesoría que no le es imputable. Aunado a lo anterior, como se dejó sentado en líneas que anteceden, la jurisprudencia especializada laboral ha sido pacífica en que tales emolumentos deben ser retornados por las AFP del RAIS en los casos como el que ahora se estudia, con cargo a sus propios recursos, de ahí que resulta totalmente improcedente la solicitud elevada por esta recurrente.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto

legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

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

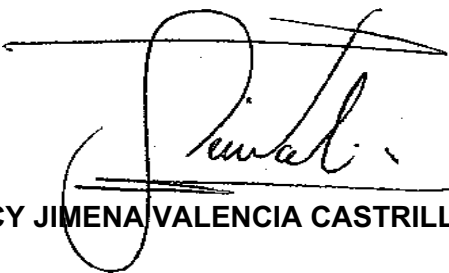
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y SKANDIAS.A.** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-013-2021-00310-01
DEMANDANTE:	ELSA STELLA FONSECA SÁNCHEZ.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 8 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas Colfondos S.A.. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 8 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ELSA STELLA FONSECA SÁNCHEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y las **AFP COLFONDOS**. con radicado No. **11001-31-05-013-2021-00310-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a Colfondos S.A. el 1° de octubre de 1994 y como consecuencia se declárela nulidad y/o ineficacia del traslado a las AFP demandadas y se ordene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos, como cotizaciones y bonos pensionales, que se condene a Colpensiones a recibir a la actora como afiliada sin solución de continuidad y a recibir los dineros que traslade la AFP Colfondos S.A. y se condene al pago de las costas y gastos del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante cotizó al ISS desde el 1° de junio de 1991 al 30 de abril de 1994. El día 1 de octubre de 1994 inducida por la información sobre los beneficios del RAIS, firmó su traslado a la AFP Colfondos S.A sin tener conocimiento claro de las consecuencias que conllevaría el cambio de régimen. Que la Administradora del Fondo Privado al momento de afiliación no le informó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, o a la edad de pensión, o para mantener su mínimo vital. Que el día 17 de junio de 2022, solicitó a Colpensiones el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, petición que fue resuelta de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con las

¹ Archivo 06 del expediente digital.

² Archivo 09 del expediente digital.

cotizaciones efectuadas al extinto ISS y la solicitud de traslado a COLPENSIONES y manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.³

La demandada COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda; aceptó los hechos relacionados con la fecha de la afiliación al Fondo y manifestó que no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia del vicio 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 de traslado y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de junio de 2023, dispuso DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora ELSA STELLA FONSECA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1 de octubre de 1994, a través de la AFP COLFONDOS. Condenó a ésta última a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que cada una tenga en su poder en la actualidad, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente. Condenó a Colpensiones a tener como como

³ Archivo 12 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en costas a la AFP privada.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos, gastos de administración indexados y aportes al fondo de garantía mínima. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros mencionados y a afiliar a la demandante sin solución de continuidad. Condenó en costas a las demandadas a COLFONDOS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLFONDOS S.A.** formuló recurso de apelación parcial aduciendo para el efecto, manifiesta que los gastos de administración no proceden porque se realizó una gestión de buena fe lo que ha generado rendimientos a la demandante. A su vez, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 establecen la forma de beneficiarse de la pensión de invalidez y sobrevivientes, riesgos que fueron cubiertos por la AFP privada.

COLPENSIONES por su parte, indicó que el traslado que realizó la demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia, conforme a derecho de acuerdo a las normas vigentes para la época, por lo que no debía realizar proyecciones ni suministrar otra información, que no eran exigibles y solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación. Manifiesta que,

si bien en el proceso no se exigió una prueba documental, lo cierto es que los fondos no cuentan con la información de los asesores de la época, por lo que debía entenderse cumplida con la firma del formulario de afiliación. Que la actora permaneció durante treinta años en el RAIS sin que manifestará alguna inconformidad o hubiere realizado el correspondiente traslado antes de la prohibición de los diez años. Por último, que la orden de traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera y podría afectar el derecho pensional de los demás afiliados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ELSA STELLA FONSECA SÁNCHEZ al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

CONSIDERACIONES

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

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero**

debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS S.A.** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen trabajaba en la DIAN y la asesora les dijo que debido a que el ISS se acababa les ofrecía el traslado a Colfondos S.A. la asesoría fue corta, les mostró el formulario y les dijo que el Fondo funcionaba igual que el ISS. Que la reunión, duró aproximadamente quince minutos, que era un sistema muy bueno, pero no le explicaron las características de cada régimen, ni los requisitos para pensionarse en cada uno de ellos. Que la motivó a cambiarse a raíz que varios compañeros se han venido trasladando y con una pensión mucho más alta a la que recibiría en Colfondos. (Min. 10 – 16:59 archivo de audio y video).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de

pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo que basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en sentencias como la SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, se debe adicionar la decisión del A quo en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS.

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

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

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. S.A.S** por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia del 8 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito en el sentido de indicar que COLFONDOS S.A. deberá devolver a COLPENSIONES, además de los valores allí indicados, también los valores descontados por concepto de seguros previsionales, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-013-2022-00383-01
DEMANDANTE:	XIMENA HERNÁNDEZ CADENA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 02 de junio del 2023
JUZGADO:	Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 02 de junio del 2023, proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **XIMENA HERNÁNDEZ CADENA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-013-2022-00383-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS que realizó a través de la AFP PORVENIR S.A., así como su afiliación efectuada a la AFP PROTECCIÓN S.A., declarando para todos los efectos legales que nunca se trasladó de régimen y siempre permaneció afiliada al RPM sin solución de continuidad; como consecuencia de ello, ordenar a PROTECCIÓN trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual con solidaridad, junto con los rendimientos y demás saldos, incluyendo la entrega de su archivo pensional, para que Colpensiones pueda reactivar su afiliación desde la fecha del traslado ineficaz hasta el último aporte o ciclo de cotización realizado; condenar a Colpensiones a reactivar su afiliación, así como recibir y registrar en las bases de datos la información correspondiente a los aportes provenientes de PROTECCIÓN; condenar a las dos AFP demandadas a devolver a Colpensiones los gastos administrativos debidamente indexados, por el período en que la demandante permaneció cotizando a cada administradora; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 2 de enero de 1974, motivo por el cual a la fecha cuenta con 48 años. Que se afilío al ISS para el cubrimiento de los riesgos de IVM, el 1º de julio de 1997. Que el 1º de julio de 2001, se realizó su traslado a la AFP Porvenir, sin recibir la información necesaria y las explicaciones sobre las diferencias entre los regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993. Que la AFP Porvenir no le suministró la asesoría necesaria e información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa para decidir de manera libre y debidamente informada sobre la opción de traslado de régimen pensional. Que la AFP Protección en respuesta a una solicitud que elevó, le efectuó una proyección pensional, según la cual, el valor de su pensión de vejez en el RPM es superior a la que le correspondería en el RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

¹ Páginas 1 a 17 archivo 02 del expediente digital.

² Páginas 2 a 19 archivo 10 del expediente digital.

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado de la demandante goza de plena validez, resaltando que en todo caso, esta se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar hechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción, caducidad y la genérica.

PORVENIR S.A.³

La demandada PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que la actora se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del RPM por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión, de acuerdo a sus intereses pensionales.

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

PROTECCIÓN S.A.⁴

La demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues del formulario de afiliación se observa que la actora se trasladó al RAIS de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, y es por ello que, tal acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo, como de la parte demandante.

³ Páginas 6 a 29 archivo 09 del expediente digital.

⁴ Páginas 3 a 33 Archivo 11 del expediente digital.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y de contera, el traslado horizontal realizado a la AFP Protección S.A.; en consecuencia, condenó a las AFP demandadas devolver a Colpensiones la totalidad de capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima que cada una tenga en la actualidad; condenó a Colpensiones a tener como afiliada a la demandante, recibir los dineros mencionados y corregir su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir S.A.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que los traslados efectuados por la actora en los años

2001 y 2019, se presumen totalmente válidos, en tanto no fue demostrado por la demandante que existió una falta frente al deber de información por las AFP demandadas, encontrándose por el contrario acreditado que la activa permaneció por más de 20 años afiliada al RAIS por su propia voluntad y sin ejercer ninguna acción tendiente a retornar al RPM en el tiempo en que le era permitido el traslado o, indagar sobre la pertinencia de permanecer en el RAIS. Añadió que cuando la accionante solicitó ante Colpensiones su retorno a dicha entidad, ya se encontraba inmersa en la prohibición de traslado de régimen prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 200, aunado a que al 1º de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados para hacerse beneficiaria del régimen de transición y por ello, no le resultan aplicables a su caso particular las sentencias proferidas por la Corte Constitucional que establecen la posibilidad de regresar al RPM sin restricción en el tiempo.

De otro lado, señaló que deben considerarse las sentencias C-1024 de 2004 y SU 130 de 2013, en las cuales la Corte Constitucional indicó que en materia de traslados nadie puede resultar beneficiado a costa de los recursos ahorrados por los otros afiliados al RPM, dado que este esquema se descapitalizaría, puesto que la declaración injustificada de la ineficacia de traslado al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. Asimismo, resaltó que conforme a la sentencia T- 489 de 2010, no se puede permitir la descapitalización del fondo común, si personas que no contribuyeron al mismo regresan a último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, en contra de los principios de equidad y de justicia material.

Finalmente, manifestó que en caso de no prosperar la revocatoria de la sentencia opugnada, debe considerarse que existen diversas decisiones proferidas por la CSJ, en las que se indicó que ante la ineficacia del traslado hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, todos los recursos que reposen en la cuenta individual de ahorro, las cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales y porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por XIMENA HERNÁNDEZ CADENA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 125 archivo 09 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante **PROTECCIÓN S.A.**, según información emanada del

SIAFP ASOFONDOS (página 68 archivo 11 el ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que cuando entró a trabajar a la Clínica Reyes, la señora de recursos humanos le entregó el contrato de trabajo y la hoja de afiliación a la AFP Porvenir S.A. y le dijo que firmara este formulario, dado que se requería para su afiliación a cesantías y pensiones, aclarando que en dicho momento no se encontraba presente ningún asesor de la sociedad administradora de pensiones. Señaló que cuando se trasladó a Protección

tampoco le dieron la debida información del RAIS (Archivos de audio y video 16 y 17 del ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobraron las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima; sin embargo, se advierte que la Juez A quo omitió la orden de remitir las primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a cada Administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de adicionarse la sentencia en este sentido, atendiendo el grado el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

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

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

RESUELVE:

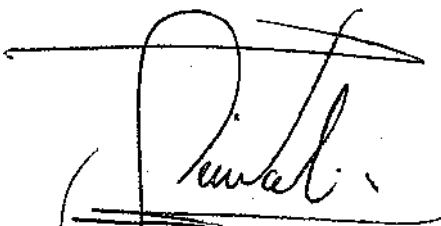
PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 2 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. y a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a las entidades del RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

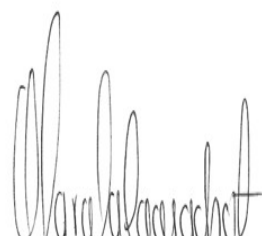
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-014-2014-00420-01
DEMANDANTE:	EPS SANITAS S.A.
DEMANDADO:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADRES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 16 de junio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Facturas
DECISIÓN:	MODIFICAR

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por ambas partes, respecto de la sentencia del 16 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **EPS SANITAS S.A.** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADRES** con radicado No. **11001-31-05-014-2014-00420-01**.

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

DEMANDA¹

La entidad promotora de la presente acción pretende se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – ADRES que reconozca y pague a favor de la EPS SANITAS; la suma de TRESCIENTOS VEINTIUN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL (\$321.288.648) por concepto del capital correspondiente al suministro efectivo de servicios, insumos, medicamentos NO POS, no financiados con UPC; la suma de TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS MONEDA LEGAL (\$32.128.864) por concepto de gastos administrativos inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones excluidas del POS o no financiadas por la UPC, a las que se refieren 2258 solicitudes de recobro; la suma que resulte liquidada entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto y el monto al proferirse la sentencia, a título de intereses a favor de EPS SANITAS y COLSANITAS, sobre el monto de las pretensiones a la tasa máxima de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 y; sobre las sumas reconocidas se ordene la actualización conforme a la variación del índice de precios al consumidor (IPC), desde la fecha en que venció el plazo para efectuar su pago hasta el día en que efectivamente éstas sean recibidas por la demandante.

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

Que autorizó el cubrimiento económico y el suministro de medicamentos, insumos, procedimientos y servicios NO POS con algunas IPS de su red prestadores para cubrir órdenes y autorizaciones, que las IPS

¹ Folios 403 al 452, archivo 001 “001ExpedienteDigitalCuaderno1”
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

autorizadas radicaron ante la actora las correspondientes facturas de venta de servicios con los respectivos soportes, por lo cual la demandante procedió a pagar dichas facturas.

Indicó que posteriormente procedió a radicar dos mil doscientas y cincuenta y ocho (2258) solicitudes de recobro ante el Consorcio administrador del FOSYGA respecto el suministro o la provisión de los medicamentos, insumos, procedimientos y servicios NO POS.

Refiere que reelaboró las solicitudes de recobro previa corrección de los defectos o insuficiencias que habían motivado las glosas y/o la acreditación de las fallas en que habría incurrido la auditoria al rechazar las solicitudes, por lo que la nueva radicación se efectuó mediante el diligenciamiento del formato MYT 04 establecido por el entonces Ministerio de la Protección Social.

Que la entidad demandada rechazó los cobros reclamados bajo el argumento de que *“los valores objeto de recobro ya fueron pagados por el Fosyga, o (ii) Como consecuencia del acta de CTC o del fallo de tutela se incluyeron prestaciones contenidas en los planes de beneficios”*.

Finalmente, asegura que a la fecha se ha visto en la imposibilidad de recuperar por la vía administrativa las erogaciones en que incurrió inicialmente para cubrir los servicios de salud en virtud de las órdenes de tutela y las autorizaciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

**CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., A.S.D. S.A., Y
SERVIS S.A., integrantes de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA.**

La demandada a través de apoderada judicial señaló no constarle ninguno de los hechos de la demanda, excepto los relacionados con 445

² Folios 403 al 518, archivo 001 “001ExpedienteDigitalCuaderno1”
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

recobros auditados por la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, de los cuales indicó que solo 87 de los recobros que incluyen 179 ítems fueron objetados y presentados a través del formato MYT04.

Por otra parte, advirtió que no era cierto que los 445 recobros que incluyen 753 ítems hubiesen sido glosados únicamente por las causales *“los valores objeto de recobro ya fueron pagados por el FOSYGA”* o *“Como consecuencia del acta de CTC o del fallo de tutela se incluyeron prestaciones contenidas en los planes de beneficios”* pues a dichos recobros se les impuso las causales de glosa adicionales de *“Cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en el BDUA RNEC RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto para la fecha de prestación del servicio.”* y *“Cuando el servicio prestado corresponda a una consecuencia de accidente de tránsito y no se hayan agotado los topes del SOAT”*.

Finalmente se opuso a la totalidad de las pretensiones y destacó que la UNIÓN TEMPORAL no dispone de recursos del FOSYGA, que eran con estos recursos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros por prestaciones no incluidas en el POS, que según el contrato de consultoría suscrito entre la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, le corresponde la auditoria en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro.

CONSORCIO SAYP 2011.

Aseguró no constarle ninguno de los hechos enunciados en el libelo introductor y se opuso a lo pretendido por la demandante en tanto no tuvo participación alguna en el rechazo por glosas impuesta a los recobros.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADRES.

La demandada a través de apoderada judicial se opuso a la totalidad de las pretensiones, bajo el argumento que los recobros sobre los cuales edifica

su demanda no cumplieron con los requisitos normativamente establecidos y por tanto no es dable que en vía administrativa, o inclusive en vía judicial, se disponga el pago y la erogación de recursos públicos destinados a la salud, para una entidad que no satisfizo los lineamientos que rigen los recobros para el reconocimiento y pago de medicamentos, insumos o tecnologías NO PBS.

Resaltó que la simple presentación de un recbro ante el auditor del FOSYGA no genera derechos, pues estos se encuentran sujetos al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad que regula el procedimiento para obtener el derecho al pago de los mismos.

Frente a los hechos, manifestó no constarle el suministro de los servicios médicos que aduce prestó la demandante, por otra parte, señaló que era cierto que la parte activa presentó 2258 solicitudes de recbró en los formatos MYT 01 y MYT 02 sobre los servicios autorizados por los CTC y para los procedimientos ordenados por fallos de tutela, que luego de realizarse auditoria sobre los mentados recobros se impusieron diferentes causales de glosas por falta de los requisitos legales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de junio de 2022, resolvió declarar responsable al ADRES del pago de las facturas y saldos que se relacionaron en documento anexo a la sentencia, en consecuencia, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la EPS SANITAS; por concepto de medicamentos a que se refieren las facturas 44875707; 44877421; 45152041; 45153475; 45289258; 45289296; 44812693; 44986579; 4515065; 45558235; 45280004; 49249855; 49217033; 24575724; 24612563; 24612692; 24571445; 2457818; 48942135; 49038150; 49108862; 49245930; 48942133; 48942161; 49108786; 49108827; 49222342; 49222447; 48903197; 24555123; 24571445; 24586412; 24613259; 49222458; 50891225; 51047881; 25056549; 25056635; 25241691; 52063075; 52109831; 5259832;

³ Archivo 033 expediente primera instancia
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

51306497; 25270348; 52386123; 52631604; 25056549; 51912954; 5286123; 85173046; 85171468; 85171992; 85179185; 85174928; 24919653 y 24919895, por un valor de ONCE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL ONCE PESOS M/CTE. (\$11.540.011); intereses moratorios a partir de primer día del tercer mes contabilizados desde la presentación de los recobros para su pago y hasta que se haga efectivo el pago de los siguientes: 45558235; 44812693; 44875707; 44877421; 44986579; 45152041; 45153475; 45154065; 45280004; 45289258; 45289296; 49249855; 49217033; 24575724; 24612563; 24612692; 24571445; 24575818; 48942135; 49038150; 49108862; 49245930; 48942133; 48942161; 49108786; 49108827; 49222342; 49222447; 48903197; 24555123; 24571445; 2486412; 24613259; 49222458; 50891225; 51047881; 25056549; 25056635; 25241691; 52063075; 52109831; 52594832; 51306497; 25270348; 52386123; 52631604; 25056549; 51912954 y 52386123; y los recobros 48942135, 85173046, 85171468, 85171992, 85179185 y 87174928, debidamente indexados.

El Juez de primera instancia fundó su decisión en lo establecido en el Decreto Legislativo 128 del 2010, Acuerdo 008 del 2009, 029 del 2011 y demás normas concordantes con el asunto de marras, de igual forma, basó su decisión en el dictamen pericial rendido por el Dr. Fernando Quintero Borges, inicialmente encontró que 99 de las facturas presentadas por valor de \$6.885.846., tenían glosas fundadas, por lo tanto, no era procedente su pago; respecto los recobros con número de radicación 85171724, 45154005 y 85179162 que ascienden a \$424.300., señaló que verificó su pago conforme a la ampliación y el alcance del dictamen pericial, por tanto, no procedía su pago.

Al descender al estudio de las 112 facturas restantes, indicó que para efectos prácticos los clasificaría en grupos, siendo el primero los correspondientes a los servicios prestados entre el 2010 al 2011, las cuales se rigen por el Acuerdo 008 del 2009 y, un segundo grupo de facturas correspondientes a los servicios prestados en el año 2012, las cuales se rigen por el Acuerdo 029 del 2011, de las cuales concluyo que eran servicios de salud NO POS, en consecuencia, eran recobrables.

Por otra parte, aseguró que los recobros 45263977, 45150195 y 45287464 no eran exigibles por encontrarse en investigación administrativa por parte de la Superintendencia de Salud, que las glosas impuestas a las facturas bajo radicación 44875707, 44877421, 45152041, 45153475, 45289258, 45289296, 44812693, 44986579, 45154065, 45558235, 45280004, 49249855, 49217033, 24575724, 34612563, 24612692, 24571445, 24575818, 48942135, 49038150, 49108862, 49245930, 48942133, 48942161, 49108786, 49108827, 49222342, 49222447, 48903197, 24555123, 24571445, 24586412, 24613259, 49222458, 50891225, 51047881, 25056549, 25056635, 25241691, 52063075, 52109831, 52594832, 51306497, 25270348, 52386123, 52631604, 25056549, 51912954 y 52386123 se encontraban infundadas, por tanto, el ADRES debía proceder con su pago.

Respecto las facturas bajo radicación 24555294, 24555344, 24575790, 23532587, 23565683, 23791150, 45765867, 45822105, 46176548, 23547164, 23566267, 33567593, 23607231, 46171967, 23515038, 23517436, 23531190, 23539373, 23547216, 23565853, 23567187, 23667838, 23688250, 23618500, 50778628, 52059184, 23664906, 23861855, 23863610, 23863809, 25222272, 49102562, 23716712, 23732709, 52296891, 23688217, 23716516, 23726522, 24041014, 24017458 y 25275309, con glosa 1-03, indicó que no era procedente su pago por no allegarse los soportes de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 3099 de 2008 artículos 10 y 11, modificado por Resoluciones 3754 del 2008 y 4377 de 2010.

Frente a las facturas con glosas combinadas 23607346, 23761150, 23635008, 23754190 y 2368822, indicó que estas no habían sido allegadas con su respectivo soporte no siendo procedente su pago, que diferente era el caso de las facturas 24919653 y 24919895 cuyas glosas se encontraban infundadas, pues el afiliado se encontraba activo para la fecha de prestación del servicio, siendo procedente su pago.

Por último se refirió a la glosa de extemporaneidad en las facturas 85173046, 85171468, 85171992, 85179185 y 85174928 de las cuales indicó

que se encontraban infundadas, pues no aplicaba el fenómeno de la prescripción, siendo procedente su pago, frente al recobro con glosa única 1-10 impuesto en la factura 2523797, sostuvo que la parte actora no allegó los soportes correspondientes para su pago, por tanto, absolvía al ADRES de su pago.

Finalmente, consideró que no procedían el pago de los gastos administrativos deprecados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 1438 del 2011 y, accedió al pago de los intereses moratorios en atención a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto Ley 281 del 2002, artículo 111 del Decreto Ley 019 del 2012 adicionado por el artículo 13 de la Resolución 3099 del 2008, excluyendo las facturas de cobro No. 48942135, 85173046, 85171468, 85171992, 85179185 y 85174928, las cuales fueron presentadas por fuera de término, en consecuencia ordenó su indexación.

RECURSO DE APELACIÓN⁴

La **EPS SANITAS**, formuló recurso de apelación con la finalidad de que se reconozcan las tecnologías no otorgadas en el fallo de primera instancia, difiere de la forma en cómo se interpretaron las normas empleadas por el A quo y destacó que por prescripción médica debe realizarse utilizando cualquier alternativa autorizada por el Invima respecto del principio activo, forma farmacéutica y concentración.

Finalmente aseguró que en los expedientes administrativos se encuentran los soportes necesarios para el pago de los \$18.502.377., que se pretenden.

Por su parte, la **ADRES** presentó recurso de apelación, quien luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial, afirmó que en el presente asunto refulge la falta de jurisdicción y competencia por parte del A quo para conocer del presente asunto, de otra lado, afirmó que la parte demandante no allegó los soportes documentales para el recobro de los servicio de salud, que

⁴ Archivo 033, expediente primera instancia. Record (01:40:00 a 02:34:45)
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

no había cumplido con los requisitos para el cobro de las facturas por la vía administrativa, además de presentar recobros de forma extemporánea.

Sostuvo que en el presente caso no era procedente el reconocimiento de intereses moratorios, pues de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 281 del 2012 cualquier tipo de reclamación debe adelantarse dentro de un plazo determinado, sin que la norma establezca un plazo para que el FOSYGA hoy ADRES deba efectuar el pago.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si los servicios de salud que prestó la demandante a sus afiliados, corresponden a insumos y procedimientos no incluidos en el POS para la época de la prestación del servicio; en cuyo caso afirmativo, se determinará si había lugar a la prestación de tales servicios en el marco del sistema general de seguridad social en salud, y en consecuencia, si es procedente el reconocimiento y pago de los mismos a cargo del demandado, además de los intereses moratorios y los gastos de administración reclamados.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el asunto que hoy nos convoca, y en atención a lo manifestado por la demandada respecto la falta de jurisdicción y competencia, debe recordarse que en el presente caso se presentó conflicto negativo de competencia entre el Juzgado 38 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá (C), Juzgado Catorce Laboral del Circuito de la misma Urbe y la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud, la cual fue dirimida por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Colegiatura que mediante proveído del 21 de enero del 2015 resolvió asignar el conocimiento del presente asunto a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en consecuencia, ordenó remitir el expediente a conocimiento del Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá (C).⁵

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

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

Conforme a lo anterior, el Plan de Obligatorio de Salud constituye una serie de parámetros o premisas que debían atender las EPS de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el

⁵ Folio 5 a 20. Archivo 017 expediente de primera instancia
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

caso que nos ocupa, se encuentran previstos los Acuerdos 008 del 2009 y 029 de 2011, teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso.

En el literal f). del Art. 156 de la Ley 100 de 1993, se establece que la financiación de las EPS para atender a sus afiliados según los parámetros del POS, se da a través de la unidad de pago por capitación o UPC, o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el POS, deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-, conforme al procedimiento previsto en las Resoluciones 03099, 458 de 2008, 4377 de 2010 y 3877 y 5395 de 2013, vigentes para la fecha en la que se efectuaron los respectivos trámites de recobros.

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

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

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

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

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

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

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

De igual forma, es de señalar que contrario a lo señalado por la demandada, los aspectos formales del trámite administrativo del recobro de salud, no son óbice para negar el estudio por la vía judicial, en la medida en que al no ser posible el reconocimiento y pago a través de la vía administrativa, no queda más que acudir al mecanismo judicial, por lo tanto, lo único que debe entrarse a verificar es si **se encuentra acreditada la factura, la prestación del servicio y el trámite general para el recobro**, esto es, por ejemplo si las

glosas estuvieran fundadas o no, sin embargo, para esta Sala, poco o nada interesa el aspecto de si el formato de reclamación se diligenció correctamente o no, máxime que el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 es claro en disponer que la entidad obligada al pago, *“no podrá condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios”*, lo que significa que la demostración efectiva de la prestación del servicio es lo que verdaderamente interesa en la Litis, pues ello determinará si hay lugar al reembolso de los gastos sufragados por la EPS, con la finalidad de no afectar a los actores del sistema general de seguridad social, y de paso, garantizar el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población en general (Decreto 1281 de 2002).

Para determinar si los servicios de salud prestados por la entidad demandante ya se encontraban pagados mediante la UPC por tratarse de servicios POS, o si en su defecto se encontraban excluidos de los servicios contenidos en los Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, se hace necesario efectuar las siguientes precisiones.

Esgrime la entidad demandada que las glosas impuestas son fundadas y que por ello no hay lugar a proferir condena, obra en el plenario medio magnético en el que consta el detalle de las glosas presentadas a las facturas objeto de recobro, del que se extrae que la causa común son las siguientes *“1-03 Los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga”* y *“4-03 Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios”*.

Es preciso señalar, que al analizar el Dictamen Pericial No. AGS2018.325.100DPVF2.MC1, este enseña que las tecnologías de salud objeto de recobro fueron prestadas en el periodo comprendido entre el 27 de mayo del 2008 al 18 de septiembre del 2013, luego de realizar una descripción Ítem por Ítem sobre el número del recobro y el ítem, el número de identificación del usuario, el nombre completo del mismo, el valor del recobro por ítem, la fecha de prestación del servicio, la observación explicativa del perito porque se considera de acuerdo a la normatividad que no está incluido en los

contenidos del POS, y finalmente la clasificación pericial al ítem recobrado, concluyo lo que adelante se enseña:

AGRUPACIÓN	CANTIDAD DE ÍTEMS	VALOR	CALIFICACIÓN PERICIAL
MEDICAMENTOS NO POS que componen el proceso MC1, Suministrados en vigencia de la Resolución 5261 de 1994 hasta el Acuerdo 029 de 2011 (desde el 27 de Mayo de 2008 hasta 18 de Septiembre de 2013)	166	\$18.502.377	NO POS
TOTAL	166	\$18.502.377	NO POS

AGRUPACIÓN	CANTIDAD DE ÍTEMS	VALOR	CALIFICACIÓN PERICIAL
MEDICAMENTOS POS que componen el proceso MC1, Suministrados en vigencia de la Resolución 5261 de 1994 hasta el Acuerdo 029 de 2011 (desde el 27 de Mayo de 2008 hasta 18 de Septiembre de 2013)	135	\$6.885.836	POS
TOTAL	135	\$6.885.836	POS

Respecto las tecnologías de la salud NO POS estas encuentran su soporte en las tablas adjuntas al dictamen pericial obrante a folios 67 a 135 del

archivo “032Cd Folio1484 Cuaderno4” del expediente de primera instancia, en el que se atisban las 166 facturas.

Cabe mencionar que en el precitado dictamen el perito no indicó de forma explícita cuales glosas se encontraban infundadas, por lo en algunos cobros señaló que no podía pronunciarse en “...lo relacionado con la completitud documental del recobro por cuanto que los soportes de estos recobros no fueron presentados.”, los cuales se relacionan así: 23569133; 23515038; 23515436; 23531190; 23532383; 23547216; 23565853; 23567187; 23665838; 23688250; 23688500; 23761150; 50768628; 52059184; 52109831; 52594832; 23635008; 23664906; 49108827; 49222447; 23754190; 23861855; 23863610; 23863809; 24017458; 25222272; 25234797; 25275309; 49102562; 23716712; 23732709; 24571445 No. Ítem 1; 24571445 No. Ítem 4; 49038150; 25056549; 52296891; 23688217; 23688220, 23716516; 23716522; 24041014 y 45154065.

Valga recordar que la A quo señaló que no procedía el pago de los recobros arriba mencionados como tampoco los radicados No. 24555294; 24555344; 24575790; 23532587; 23565683; 23791150; 45765867; 45822105; 46176548; 23547164; 23566267; 33567593; 23607231; 46171967; 23517436; 23539373; 23667838; 23618500; 25222272; 23732709; 23726522; 24041014 y 49245930 por no contar con soporte documental.

Al respecto debe advertirse que revisado el archivo “022Cd Folio1058 Cuaderno 3”, del expediente de primera instancia, archivo Excel con tabla denominada Detalle de Glosas por Ítem, se encuentra que en términos generales el reparo de la demandada para el pago de los servicios de salud tuvo su origen en que los medicamentos recobrados “...está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.”, luego entonces, no puede ser óbice para el pago de las prestaciones la falta de documentos como lo afirma la A quo, pues ello no fue motivo de glosa, debe destacarse que en el plenario obran varios de los soportes documentales que aduce la A quo no fueron allegados, tal es el caso de la factura 23569133 cuyos documentos enseñan sobre la

prestación de servicios de salud, visibles en el archivo “031Cd Folio1475 Cuaderno 4”, del expediente de primera instancia.

Distinto es el caso de los recobros con radicación No. 85171724, 45154005 y 85179162 denegados por el A quo, pues se encuentra en el plenario que los radicados 85171724 y 85179162 fueron cancelados⁶, encontrándose pendiente de pago el 45154005.

Así las cosas, se hace necesario modificar el fallo impugnado para en su lugar reconocer los recobros NO POS que fueron señalados en el aludido dictamen pericial, a excepción de los recobros 85171724 y 85179162 que ya fueron cancelados.

Para la Sala, contrario a lo manifestado por las recurrentes, en consonancia con el artículo 232 del CGP, conforme al cual corresponde al fallador la apreciación del dictamen bajo las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos y la idoneidad de los peritos, puede colegir que en efecto, dentro del presente asunto, el dictamen pericial goza de pleno valor probatorio, ya que el perito indicó con suma precisión, no solo la metodología empleada en la elaboración del mismo, sino también la mención de cuales medicamentos son NO POS.

En síntesis, luego de un análisis exhaustivo al Dictamen pericial practicado, se advierte que los recobros allí estudiados aún no han sido cancelados, sin que le sea dable a la accionada sustraerse de la obligación que la ley le impone alegando la falta de soporte documental, aspecto que no fue mencionado al momento de imponer las glosas.

Frente a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la parte demandada al existir norma especial como lo es el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S., y el artículo 488 del C.S.T, que establece el término trienal en materia laboral y de la seguridad, resulta imperiosa su aplicación.

⁶ Archivo “031CdFolio1475Cuaderno4”, expediente primera instancia
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

En ese sentido, se tiene que los servicios de salud fueron prestados por el lapso comprendido entre el 27 de mayo del 2008 al 18 de septiembre del 2013 y los recobros que interrumpen el término de prescripción fueron efectuados entre el 13 de julio del 2010 al 30 de julio del 2014 y la demanda fue presentada el 01 de agosto del 2014, así las cosas, es dable concluir que los recobros radicados antes del 01 de agosto del 2011 se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción.

Decantado lo anterior, y analizada la tabla Excel denominada “*detalles*” del archivo “022Cd Folio1058 Cuaderno 3” del expediente de primera instancia, la cual informa sobre la fecha de radicación de los recobros objeto de Litis, se concluye que la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES adeuda la suma de \$15.386.793,00., correspondientes a 126 facturas de recobro que se relacionan en documento anexo al presente fallo.

Intereses moratorios y Gastos Administrativos.

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

A su vez, el art. 13 del referido Decreto estableció que, la cuenta de cobro al Fosyga debía ser presentada dentro de los 6 meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, norma que fue modificada por el art. 111 del Decreto 019 de 2012, en el que se previó un término máximo de un año, vigente a partir del 10 de enero de 2012 (antes de que transcurriera el término anterior respecto a las facturas, objeto de recobro), plazo que en consideración de la Sala, debe tenerse en cuenta para efectos de establecer la procedencia de los intereses moratorios,

además, lo precisado en la Resolución No. 3099 de 2008, respecto a que en los casos de recobros por medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.

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

Verificadas cada una de las facturas a las que se condenará al pago por parte de la demandada con sus respectivos anexos, y la información aportada al expediente, se observa que fueron presentadas ante el FOSYGA dentro del plazo máximo de un año ya referido, información que se encuentra cotejada al revisar la fecha de prestación del servicio visible en el aludido dictamen pericial, con la fecha de radicación del recobro visible en la tabla denominada “*detalles*” del archivo “022Cd Folio1058 Cuaderno 3” del expediente de primera instancia. Por último, se absolverá a la demandada del reconocimiento de los gastos administrativos procurados, pues su pago no encuentra respaldo legal alguno ni tampoco se acredita su causación.

Sin Costas en esta instancia por no haberse causado. Las costas de primera instancia lo serán a cargo de la demandada ADRES, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento.

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

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 16 de junio de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido, de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, a reconocer y pagar a favor de la **EPS SANITAS S.A.**, la suma de **\$15.386.793,00**, correspondientes a los servicios de salud prestados por la demandante a sus afiliados, que se encontraban excluidos del **PLAN OBLIGATORIO DE SALUD**, tal como se indicó en las motivaciones anteriores.

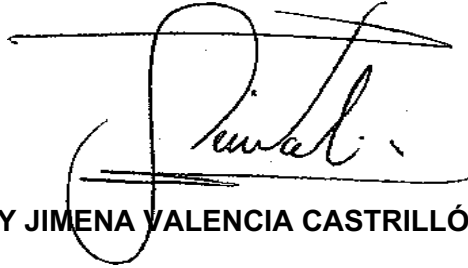
SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, a reconocer y pagar a favor de la **EPS SANITAS S.A.**, los intereses moratorios generados por el retardo en el pago de las facturas presentadas en tiempo oportuno, los que deberán ser liquidados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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia lo serán a cargo de la demandada **ADRES**, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

TABLA DE MEDICAMENTOS NO POS RECOBRABLES

RADICADO FOSYGA	NO. ÍTEM	SERVICIO	VALOR RECOBRO	ORDENADO POR
49217033	1	SINEMET 25/100 MG (CARBIDOPA+LEVADOPA)	529.773,00	CTC
24555294	2	TEGRETOL RETARD DE 200 MG	38.860,00	TUTELA
24555294	3	TEGRETOL RETARD DE 200 MG	38.860,00	TUTELA
24555344	3	TEGRETOL RETARD DE 200 MG	158.860,00	TUTELA
24555344	1	TEGRETOL RETARD DE 200 MG	36.760,00	TUTELA
24575724	1	TEGRETOL RETARD DE 200 MG	198.860,00	TUTELA
24575790	1	TEGRETOL RETARD DE 200 MG	78.860,00	TUTELA
24612563	1	TEGRETOL RETARD DE 200 MG	238.860,00	TUTELA
24612692	1	TEGRETOL RETARD DE 200 MG	158.860,00	TUTELA
24612692	2	TEGRETOL RETARD DE 200 MG	38.860,00	TUTELA
24571445	2	AKATINOL® 20 MG TABLETAS RECUBIERTAS	529.202,00	TUTELA
24575818	2	BI-EUGLUCON TABLETAS LACADAS 500/5 MG	40.930,00	TUTELA
24575818	3	BI-EUGLUCON TABLETAS LACADAS 500/5 MG	40.930,00	TUTELA
24919653	1	CRESTOR ® 20 MG	313.680,00	TUTELA
24919895	1	CRESTOR ® 20 MG	321.980,00	TUTELA
25056549	1	CRESTOR ® 20 MG	158.128,00	TUTELA
25056635	31	DOLEX(R) FORTE	30.972,00	TUTELA
25056635	32	DOLEX(R) FORTE	27.048,00	TUTELA
25241691	2	AKATINOL® 20 MG TABLETAS RECUBIERTAS	57.884,00	TUTELA
25241691	3	AKATINOL® 20 MG TABLETAS RECUBIERTAS	57.884,00	TUTELA

25241691	4	AKATINOL® 20 MG TABLETAS RECUBIERTAS	7.472,00	TUTELA
48942135	1	AKATINOL 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	147.718,00	TUTELA
49038150	2	AKATINOL 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	149.818,00	CTC
49108862	2	AKATINOL 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	308.606,00	CTC
49245930	1	AKATINOL 10 MG TABLETAS RECUBIERTAS	262.036,00	TUTELA
49249855	1	CALCIBON D SOYA TABLETAS	63.048,00	CTC
52063075	3	NORMOLIP	20.550,00	CTC
52063075	5	NORMOLIP	20.550,00	CTC
52063075	4	NORMOLIP	20.550,00	CTC
85173046	1	ISOSORDIDE	47.460,00	CTC
50768628	1	CARVIDOPA+LEVODOPA	283.470,00	CTC
52059184	2	CARVIDOPA+LEVODOPA	98.415,00	CTC
52059184	3	CARVIDOPA+LEVODOPA	98.415,00	CTC
52059184	4	CARVIDOPA+LEVODOPA	98.415,00	CTC
52059184	5	CARVIDOPA+LEVODOPA	98.415,00	CTC
52059184	6	CARVIDOPA+LEVODOPA	98.415,00	CTC
52059184	7	CARVIDOPA+LEVODOPA	98.415,00	CTC
52059184	8	CARVIDOPA+LEVODOPA	98.415,00	CTC
52059184	9	CARVIDOPA+LEVODOPA	98.415,00	CTC
52059184	10	CARVIDOPA+LEVODOPA	98.415,00	CTC
52059184	1	CARVIDOPA+LEVODOPA	75.415,00	CTC
52109831	5	CARVIDOPA+LEVODOPA	97.980,00	CTC
52109831	3	CARVIDOPA+LEVODOPA	97.980,00	CTC
52109831	4	CARVIDOPA+LEVODOPA	97.980,00	CTC
52109831	1	CARVIDOPA+LEVODOPA	97.980,00	CTC
52109831	2	CARVIDOPA+LEVODOPA	97.980,00	CTC
52594832	1	CARVIDOPA+LEVODOPA	105.170,00	TUTELA
52594832	2	CARVIDOPA+LEVODOPA	105.170,00	TUTELA
52594832	3	CARVIDOPA+LEVODOPA	105.170,00	TUTELA
51306497	2	ISOPTIN	145.290,00	CTC
23635008	1	CARBAMAZEPINA	193.050,00	TUTELA
48942133	1	LOSEC MUPS	173.730,00	CTC
48942161	1	LOSEC MUPS	86.430,00	CTC

49108786	1	LOSEC MUPS	261.030,00	CTC
49108827	2	LOSEC MUPS	173.730,00	CTC
49108827	1	LOSEC MUPS	173.730,00	CTC
49222342	1	LOSEC MUPS	348.330,00	CTC
49222447	2	LOSEC MUPS	86.430,00	CTC
49222447	1	LOSEC MUPS	86.430,00	CTC
25222272	14	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25222272	13	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25222272	11	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25222272	12	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25222272	10	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25222272	8	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25222272	9	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25222272	15	CARBAMAZEPINA	21.720,00	TUTELA
25234797	6	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25234797	3	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25234797	4	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25234797	5	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25234797	2	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25234797	1	CARBAMAZEPINA	44.430,00	TUTELA
25234797	7	CARBAMAZEPINA	33.075,00	TUTELA
25275309	12	CARBAMAZEPINA	45.420,00	TUTELA
25275309	11	CARBAMAZEPINA	45.420,00	TUTELA
25275309	10	CARBAMAZEPINA	45.420,00	TUTELA
25275309	9	CARBAMAZEPINA	45.420,00	TUTELA
25275309	8	CARBAMAZEPINA	45.420,00	TUTELA
25275309	7	CARBAMAZEPINA	45.420,00	TUTELA
25275309	6	CARBAMAZEPINA	45.420,00	TUTELA
25275309	5	CARBAMAZEPINA	45.420,00	TUTELA
25275309	4	CARBAMAZEPINA	45.420,00	TUTELA
48903197	1	CLARITROMICINA	118.000,00	CTC
49102562	3	CLARITROMICINA	9.200,00	CTC
49102562	4	CLARITROMICINA	9.200,00	CTC
85180395	2	ACETIL CISTEINA	21.776,00	CTC
24555123	1	APROVEL	432.960,00	TUTELA
24571445	1	ALZIT	1.100.206,00	TUTELA
24571445	3	APROVEL	262.100,00	TUTELA
24571445	4	AVODART	120.910,00	TUTELA
24586412	2	NORMOLIP	61.605,00	TUTELA

24613259	1	ISOSORDIDE	43.588,00	TUTELA
25270348	1	NEXIUM MUPS	61.828,00	TUTELA
44986299	1	VITAMINICO CALCIO+VITAMINA D	47.662,00	CTC
45558235	1	HUMULIN	47.662,00	CTC
49038150	1	ALZIT	31.255,00	CTC
49222458	1	ALZIT	589.823,00	CTC
50891225	1	HUMULIN	581.523,00	CTC
51047881	1	HUMULIN	13.466,00	CTC
52386123	1	SERETIDE	131.668,00	CTC
52631604	1	NEXIUM MUPS	28.868,00	CTC
85171468	1	MEMANTINA	177.733,00	CTC
85180313	1	MIDAZOLAN	40.753,00	CTC
25056549	2	CONCOR	97.500,00	TUTELA
52296891	1	CLARITROMICINA	17.760,00	CTC
23688217	2	CARVEDIOL	21.135,00	TUTELA
44812693	1	CARBAMAZEPINA	257.400,00	CTC
44875707	1	SUPLEMENTO VITAMINICO CALCIO+VITAMINA D	40.140,00	CTC
44877421	1	SUPLEMENTO VITAMINICO CALCIO+VITAMINA D	42.270,00	TUTELA
44986579	1	CARBAMAZEPINA	128.700,00	CTC
45150195	1	LEVOTIROXINA	12.220,00	CTC
45152041	1	SUPLEMENTO VITAMINICO CALCIO+VITAMINA D	42.270,00	TUTELA
45153475	1	SUPLEMENTO VITAMINICO CALCIO+VITAMINA D	42.270,00	CTC
45154005	1	CARBAMAZEPINA	128.700,00	CTC
45154065	1	CARBAMAZEPINA	214.500,00	CTC
45154065	2	CARBAMAZEPINA	44.041,00	CTC
45280004	1	CARVIDOPA+LEVODOPA	102.661,00	CTC
45287464	1	SUPLEMENTO VITAMINICO CALCIO+VITAMINA D	42.960,00	CTC
45289258	1	SUPLEMENTO VITAMINICO CALCIO+VITAMINA D	42.240,00	TUTELA
45289296	1	SUPLEMENTO VITAMINICO CALCIO+VITAMINA D	15.930,00	TUTELA
45301067	1	SUPLEMENTO VITAMINICO CALCIO+VITAMINA D	122.335,00	CTC

51912954	1	CLARITROMICINA	9.899,00	CTC
85171992	1	CARVEDILOL	93.520,00	TUTELA
85174928	1	CLARITROMICINA	47.558,00	TUTELA
85179185	1	OXALIPLATINO	925.764,00	CTC
			15.386.793,00	

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-015-2019-00582-01
DEMANDANTE:	ORLANDO JOSÉ ANDIÓN HURTADO
DEMANDADO:	AVIANCA S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 12 de diciembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Factor salarial-reliquidadación pensión
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por el DEMANDANTE y AVIANCA S.A. contra la sentencia del 12 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ORLANDO JOSÉ ANDIÓN HURTADO** contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO-AVIANCA S.A.** con radicado No. **11001-31-05-015-2019-00582-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se condene a AVIANCA S.A. a reajustar o reliquidar la pensión que le reconoció, incluyendo dentro del IBL pensional, el factor salarial de viáticos por alojamiento, causado en el último año de servicios, en el monto que fue calculado en el dictamen pericial que se aportó con la demanda, e igualmente, se le condene a pagar los reajustes desde la fecha del reconocimiento pensional, de manera retroactiva y hasta que se actualice la mesada pensional, así como el mayor valor de la pensión producto de la inclusión del factor salarial de viáticos por alojamiento, hacia el futuro, incluyendo las mesadas adicionales y haciendo los reajustes legales hasta que la prestación se mantenga vigente, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que trabajó para Avianca S.A. del 27 de noviembre de 1.971 al 1 de octubre de 2004, desempeñándose en el cargo de auxiliar de vuelo, en virtud del cual se le pagaba un salario variable que estaba compuesto entre otros factores, por los viáticos que la empresa cancelaba de manera permanente por concepto de manutención, lo que implicaba que su salario mensual fuera variable. Que el salario pagado durante su vínculo laboral no incluía el pago de los viáticos por alojamiento, pese a que el concepto se encontraba determinado en la Convención Colectiva de Trabajo. Que fue pensionado por la demandada desde el 31 de diciembre de 2003, por acuerdo conciliatorio que versó sobre la aceptación de un plan de retiro con la terminación del contrato de trabajo, a cambio del reconocimiento de una pensión de carácter temporal y anticipada. Que la clasificación de viáticos por alojamiento está determinada en la cláusula 19 de la Convención Colectiva de Trabajo de la cual es beneficiario y en el Manual de Auxiliares de Vuelo, dentro del capítulo de “*normas y políticas administrativas*”.

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

Añadió que para el número de noches que requería pernoctar según el itinerario de vuelo asignado, siempre se hospedó en los hoteles que la demandada Avianca S.A. tenía contratados para este propósito en los diferentes países donde realiza su operación de vuelo y nunca acudió a un sistema de alojamiento diferente, como tampoco recibió suma alguna por parte de la empleadora, a fin de reembolsar pagos por concepto de habitación u hospedaje.

Señaló que en los hoteles contratados por Avianca S.A. no se utilizaba el sistema común de ingreso y salida (check in – check out), pues únicamente se manejaba un “*general declaration*” y unas listas o planillas de ingreso y salida que el hotel tenía previamente sobre cada tripulación, sin que a los trabajadores se les entregara registro o factura alguna por estadía, ya que el pago era realizado por la demandada directamente al hotel, mediante procedimiento interno entre las partes; además, dijo que los viáticos por alojamiento no fueron reportados durante el transcurso de la relación laboral, como concepto salarial con destino a las cotizaciones o aportes a pensión que la entidad le realizaba ante el ISS hoy Colpensiones. Que Avianca nunca le especificó, ni le informó en comprobante de pago de nómina, recibo o por cualquier medio físico o verbal, el valor mensual pagado por viáticos. Que la liquidación final de prestaciones sociales y créditos laborales, no incluyó dentro de la base para liquidar, el concepto de viáticos por alojamiento.

Adujo que en respuesta a derecho de petición elevado ante Avianca S.A., esta negó que existiera un costo individualizado para cada uno de los tripulantes en los hoteles donde se hospedan cuando están en servicio, y en cuanto a los contratos hoteleros requeridos, se negó a entregar copia de estos, hasta tanto no exista una orden por parte de una autoridad judicial, dado su carácter de confidencialidad. Que en todo caso, con los documentos que la demandada Avianca certificó, se cuantificaron en un dictamen pericial, los viáticos pagados por concepto de alojamiento y lo no tenido en cuenta en el IBC pensional por dicho factor salarial para el último año de servicio. Que en tal peritaje tuvo en cuenta para el efecto, los convenios y contratos hoteleros suscritos por Avianca S.A. con diferentes hoteles en el mundo, los cuales fueron aportados por la

empleadora, previa orden judicial en los procesos identificados con los números de radicado 11001310500520140066000 y 11001310500520140064300.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AVIANCA S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el monto de la pensión voluntaria de jubilación temporal fue acordado por las partes en acta de conciliación, de manera que al no ser una prestación legal, sino surgida a partir de un mutuo acuerdo, sus condiciones podían ser pactadas por las partes, quienes acordaron que su monto sería de \$2.515.633, suma que la empresa reconoció y pagó con sus incrementos. Añadió que la pensión voluntaria y temporal de jubilación reconocida al actor fue conmutada a la compañía Allianz, quien comenzó a pagarla desde enero de 2009, aunado a que dicha prestación actualmente no está vigente, puesto que las partes pactaron que se pagaría hasta que al actor se le reconociera la de vejez, salvo que aquélla fuese superior, acotando que la pensión de vejez resultó menor a la voluntaria, existiendo una diferencia en favor del actor y a cargo de Avianca de \$240.990 para el año 2007, cumpliendo la sociedad a cabalidad con el reconocimiento del mismo.

Adujo que reconoció al demandante en el último año de servicios los viáticos, de conformidad con lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo, según los criterios de tiempo y geografía, reconociendo siempre su incidencia salarial, en los términos pactados en ese acuerdo. Resaltó que la pensión del demandante se calculó teniendo en cuenta el salario devengado en el último año de servicios, incluyendo los viáticos, de acuerdo a la incidencia salarial que ellos tenían, aclarando que en todo caso, la prestación ya no se encuentra a cargo de la demandada, pues solamente tuvo vigencia hasta el momento en que se le reconoció al actor la pensión de vejez, por lo que no es posible imponer condena a futuro, en tanto la prestación ya se extinguió.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: No comprender la demanda todos los litis consortes necesarios, la naturaleza de los beneficios

recibidos por el trabajador, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, y la genérica².

Por su parte, la vinculada en calidad de litis consorcio necesario **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** se opuso a todas las pretensiones de la demanda, aduciendo para el efecto que, no es la llamada a responder por lo aquí deprecado, ya que nunca tuvo ningún vínculo laboral, ni de ninguna naturaleza con el demandante, razón por la que desconoce los factores salariales que fueron tenidos en cuenta por el empleador para liquidar la pensión voluntaria y temporal que le fue reconocida.

Dijo que en virtud del contrato de conmutación pensional celebrado entre ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. y AVIANCA S.A., la primera se comprometió a pagar la diferencia en la mesada pensional reconocida por el Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, como quiera que la pensión era compartida entre el fondo de pensiones y el empleador, pagando al trabajador los valores a los cuales estaba obligada, resaltando que no tuvo incidencia en la liquidación de la pensión voluntaria temporal que reconoció Avianca S.A., la cual en todo caso, se extendió hasta el momento en que el ISS reconoció la pensión legal de vejez, quedando exenta de toda obligación derivada del acuerdo de conmutación pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, carencia de derecho, inexistencia de contrato de conmutación pensional, prescripción, conciliación y cosa juzgada, buena fe y la genérica³.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de diciembre de 2022, declaró que los viáticos por alojamiento entregados al demandante tienen el carácter de salarial; como consecuencia,

² Páginas 346 a 356 Archivo 01 del ED.

³ Páginas 3 a 13 del Archivo 23 del ED.

condenó a Avianca S.A. a reliquidar la pensión voluntaria reconocida al actor teniendo como valor de la primera mesada pensional, a partir del 31 de diciembre del año 2003, la suma de \$2.753.626 y no el valor de \$2.515.633, debiendo pagar debidamente indexadas las diferencias que se han venido generado, desde la fecha de causación de cada una y hasta el momento efectivo de pago, sin perjuicio de la prescripción de algunas de ellas; declaró afectadas por el fenómeno de la prescripción, las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 2 de septiembre del año 2016 y no demostrados los demás medios exceptivos; declaró que la prestación pensional que se está ordenando reliquidar es de carácter compartida, y por ende, estará a cargo de Avianca el mayor valor si lo hubiere frente a la pensión legal reconocida por Colpensiones a favor del actor; absolvió a Allianz Seguros de Vida S.A. de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y condenó en costas a Avianca a favor del demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* en primer lugar, que conforme al artículo 130 del CST, la cláusula 19 de la Convención Colectiva de Trabajo, lo señalado en las Políticas Administrativas de Auxiliares de Vuelo y la lectura de las sentencias proferidas por la CSJ con radicación 5818 de 2009 y SL 2123 de 2022, los viáticos por alojamiento constituyen salario.

Añadió que, si bien la pensión voluntaria le fue reconocida al actor mediante acuerdo conciliatorio, esa sola circunstancia no impide incluir en su liquidación el factor salarial discutido, toda vez que tiene la naturaleza de derecho cierto, de suerte que el paz y salvo declarado en tal acuerdo, no tiene alcance sobre el mismo.

Adujo que, pese a haber sido tachados los testigos solicitados por la parte demandante, lo cierto es que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son los compañeros de trabajo quienes conocen las circunstancias de la relación laboral, por lo que sus declaraciones deben ser valoradas en conjunto con las demás pruebas arrimadas a las diligencias.

Dijo sobre la liquidación de la prestación pensional y el dictamen pericial aportado a las diligencias que, deben tomarse los contratos hoteleros allegados al expediente y la certificación trasladada de otro proceso, en la cual se indica por Avianca, que desde la celebración de un contrato hotelero se mantiene su vigencia por un término de 5 años, descartando la tesis planteada por el perito de aplicar un contrato posterior de manera retroactiva, sobre los períodos en los que no existe contrato, porque no puede dársele efectos retroactivos a un hecho futuro; sumó a ello que del peritaje solo han de considerarse los períodos que corresponden el último año de servicios para efectos de la reliquidación pensional, esto es, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2003.

En ese orden, precisó que se toman los viáticos por alojamiento, teniendo en cuenta el valor del contrato hotelero que obra en las diligencias para los diferentes destinos y por las siguientes fechas, según el itinerario que implicó pernoctar: 12 de enero de 2003 y 16 de enero de 2003, para un total de viáticos de \$391.310; 12 de febrero de 2003 y 27 de febrero de 2003, para un total de viáticos de \$357.630; 20 de marzo de 2003, para un total de viáticos de \$250.448; 5 de abril y 28 de abril de 2003, para un total de viáticos de \$395.189; 3 de mayo de 2003 y 21 de mayo de 2003, para un total de viáticos de \$400.616; 25 de julio de 2003, para un total de viáticos de \$265.100; 5 de agosto de 2003 y 12 de agosto de 2003, para un total de viáticos de \$363.063; 5 de septiembre de 2003, 10 de septiembre de 2003 y 19 de septiembre de 2003, para un total de viáticos de \$478.671; 8 de octubre de 2003 y 28 de octubre de 2003, para un total de viáticos de \$641.674; 12 de noviembre de 2003, para un total de viáticos de \$263.589.

Así, refirió que hechas las operaciones aritméticas incluyendo los valores anotados, se obtiene como total de devengados en el último año de servicios para la liquidación de la pensión voluntaria, la suma de \$44.058.009, que da lugar a un IBL de \$3671.501, misma que al aplicársele una tasa del 75%, resulta el valor de la pensión equivalente a \$2.753.626, superior al reconocido por Avianca S.A, procediendo por tanto la reliquidación reclamada.

Señaló que en el caso analizado opera la excepción de prescripción sobre las sumas adeudadas con anterioridad al 12 de septiembre de 2016, además, no hay lugar a condenar a los intereses moratorios reclamados, toda vez que la pensión voluntaria no tiene sustento en la Ley 100 de 1993, aunado a que su reliquidación procede por virtud de una interpretación sobre los viáticos de alojamiento; igualmente, indicó que debe reconocerse la indexación de las sumas adeudadas, precisando que en caso de no existir mayor valor de la pensión voluntaria de cara a la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, no hay lugar al pago de diferencia alguna, porque tales prestaciones no pierden el carácter de compartidas.

Concluyó que, si bien obra contrato de conmutación pensional entre Avianca S.A. y Allianz Seguros de Vida S.A., lo cierto es que el obligado en reconocer las diferencias pensionales a que hubiere lugar es la empleadora, por lo que debe absolverse a la aseguradora en referencia, sin perjuicio de que Avianca S.A. le reconozca una suma adicional, en virtud de ese contrato de conmutación, siendo ello un aspecto comercial interno de la sociedad en el que nada tiene que ver el actor.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación contra la anterior decisión, y como argumentos de disidencia, indicó sobre los vuelos correspondientes a la ciudad de Rio de Janeiro, que corresponden al 35% de los realizados por el actor en el último año de servicios, resaltando que sí existe un contrato hotelero, cual es el 1044030002551 con vigencia del 30 de octubre de 2001 al 30 de octubre de 2002, mismo que resulta aplicable a dichos viajes, conforme a la regla de vigencia señalada por el A quo y cuya tarifa se encuentra explícitamente establecida en 61 dólares por noche, de suerte que se puede efectuar el cálculo de los viáticos por alojamiento sobre la pernocta de esos viajes.

Añadió que en el proceso obra la certificación del 17 de abril de 2002, identificada con el número 1040010200-124771 emitida por Avianca al Juzgado

Noveno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario 0122 de 1999, dentro del cual dicho Despacho hizo una inspección judicial y se logró hacer a los contratos que tenían vigencia entre los años 1995 y 1999, dentro de los que se enuncia que existe contrato en Brasil para Río de Janeiro, e igualmente, para la ciudad de New York; de suerte que al existir tal certificación emitida por Avianca, la cual fue decretada en el proceso, debe el Tribunal requerir los contratos para esas dos ciudades o por lo menos, las respectivas tarifas hoteleras, en función del artículo 83 del CPT y de la SS, en aras de evitar la orfandad probatoria y permitir el 100% del cálculo de los viáticos por alojamiento, atendiendo a que no es imputable al trabajador que esos contratos no hayan sido aportados por Avianca.

De otro lado, dijo que conforme a la sentencia SU 065 de 2018, se zanjaron las diferencias entre los diferentes criterios de reconocimiento de los intereses moratorios, frente a los casos en los que no se paga totalmente la pensión, e igualmente, cuando se hace un reconocimiento parcial de la misma, acotando la decisión que es procedente el pago de los intereses moratorios, con independencia de la naturaleza de la pensión. Así mismo, dijo que en el presente caso se demostró que existió un factor salarial que se dejó de tener en cuenta en la liquidación de la prestación, y por tal motivo, se reúnen las condiciones para el reconocimiento de los mismos.

La demandada **AVIANCA S.A.** formuló recurso de apelación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, el Despacho hizo mención de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que aún no se encuentra ejecutoriada, ya que en ella de manera alguna se impone condena a Avianca S.A. y simplemente se le corre traslado a la parte demandada respecto de una información que se requirió, por manera que no era dable proferir el fallo en una decisión que no estaba en firme.

Añadió que se desconoció el artículo 167 del CGP, porque antes del cierre del debate probatorio no se indicó que Avianca tenía que asumir la carga de la prueba que le corresponde a la parte actora, pues ello va en contra de las normas procesales, el derecho de defensa y contradicción que le asiste a la empresa en

los términos del artículo 29 de la C.P, resaltando que quien se encuentra en la mejor posición de probar la pernocta y el valor de la misma, es el demandante al ser quien viajó y eventualmente se hospedó en los hoteles contratados por parte de Avianca S.A., ya fuera a través de un derecho de petición o allegando los *general declaration* a los que hizo alusión en su demanda.

Dijo que discrepa de la valoración efectuada por el Despacho sobre los itinerarios de vuelo, porque los mismos no acreditan la existencia de una pernocta, y esto lo corrobora el perito cuando rinde su declaración, además porque estos solo dan fe de la hora de salida y llegada del vuelo, sin que se pueda establecer que el actor utilizó los hoteles contratados por Avianca S.A.

Señaló que si se revisa la declaración de los testigos, es claro que no era obligatorio utilizar los hoteles dispuestos por Avianca, porque el demandante podía quedarse en otras partes, previo aviso a la empresa demandada, aunado a que el hecho de quedarse donde algún familiar o en un pueblo cercano, no le acarreaba ningún tipo de sanción disciplinaria.

Sobre el dictamen dijo que el Despacho fraccionó tal medio de convicción, porque únicamente tomó la información que partía del contrato conocido, aludiendo que, en todo caso, el peritaje no cumple con los requisitos previstos en los artículos 226 y 227 del CGP, en primer lugar, porque cuando el perito emitió su dictamen no contaba con su tarjeta profesional y, segundo, porque en él se parte de indicios o presunciones, generando incertidumbre, sobre todo por cuanto se desconoce si el peritaje que se controvertió en la audiencia, corresponde al que se allegó con la demanda, circunstancia que tampoco fue confirmada por el perito, dado que al preguntársele bajo la gravedad de juramento, si el peritaje sobre el cual estaba rindiendo su declaración era el mismo que se adjuntó a la demanda, este se abstuvo de responder tal pregunta, aunado a que afirmó que se le hicieron modificaciones o ajustes, los cuales según él, correspondían a varios envíos del dictamen, situación que no es admisible, sobre todo porque el Juzgado de Conocimiento terminó acogiéndolo parcialmente.

Precisó que el peritaje hizo el cálculo del valor de la noche, sin tener en cuenta la divisa que se pactó en la contratación hotelera, pues sin ningún sustento liquidó ese valor en dólares, para luego hallarlo en pesos colombianos.

Resaltó que el Despacho en desconocimiento de los pagos por gastos de representación como base para liquidar los viáticos por alojamiento, no hizo ningún pronunciamiento sobre la excepción de compensación propuesta. En igual sentido, adujo que en el proceso de Sandra Patricia Porras identificado con el número de radicación 2020 00077 el Tribunal Superior de Bogotá indicó que las documentales en las que se basó el perito para elaborar su dictamen no indican a ciencia cierta si la demandante en ese caso, se hospedó en los hoteles dispuestos por Avianca S.A., máxime que el mismo perito afirmó que la demandada en la misma ciudad tenía convenio con otros hoteles, situación que desdibuja cada una de las afirmaciones sostenidas en el dictamen pericial, porque esa prueba no demuestra a ciencia cierta en dónde fue alojada la convocante en cada uno de los viajes, ni el valor de estadía y manutención de la actora en cada uno de los hoteles contratados, por manera que dicha decisión puede ser aplicada al caso concreto por su similitud con la presente *litis*, más aun cuando esta tesis se encuentra corroborada en sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso 2020 139 y el proceso 2019 671, ambos contra Avianca.

Sobre la certificación expedida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá que consideró el A quo para llenar los vacíos en los cuales no existe contrato hotelero, dijo que no se cumplen los requisitos del artículo 174 del CGP, norma que regula la prueba trasladada, y según la cual la misma debe estar debidamente practicada, lo que no ocurre en el presente caso, porque en el proceso de donde provino, radicado número 39 2018 00661 demandante Sonia Clemencia Martha Castro, ni siquiera se ha cerrado el debate probatorio y no se ha proferido el fallo en el que se pueda constatar que la juzgadora le otorgó valor probatorio a dicho documento. Aunado a ello, refirió que el Juzgado 39 Laboral del Circuito había solicitado una ampliación del dictamen pericial y la certificación aludida surgió con base en particularidades propias de ese proceso, esto es,

teniendo en cuenta contratos hoteleros correspondientes a períodos y ciudades disímiles a los del presente trámite.

De otro lado, adujo que el Tribunal debe tener en cuenta la prueba de oficio decretada por el Juzgador de primer grado, denominada “*Cálculo promedio jubilación*”, para que se pueda advertir que al actor se le pagaron viáticos por alojamiento que ascendieron a la suma de \$18.045.428, la cual fue tenida en cuenta para la liquidación de la prestación, y es por ello que, cobra relevancia el acuerdo conciliatorio mediante el que tal pensión se reconoció, en el que se declaró a Avianca a paz y salvo por todo concepto, ello, para efectos de reconocer la existencia de la cosa juzgada e incluso la excepción de compensación que ya se mencionó.

Concluyó refiriendo que el acuerdo de conmutación pensional celebrado con Allianz Seguros de Vida S.A., es claro al comprometer a dicha sociedad, en cuanto que debe asumir cualquier tipo de obligación derivada de la pensión voluntaria reconocida por Avianca, estando por ello obligada a cualquier tipo de condena que se imponga en el presente asunto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y los argumentos expuestos en los recursos de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite

establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si le asiste derecho a la parte actora a la reliquidación de la pensión voluntaria que le fue reconocida, teniendo en cuenta para ello, el valor de los viáticos por alojamiento como factor salarial según así lo concluyó el A quo o, si por el contrario, debe revocarse la decisión opugnada, por no existir prueba cierta de las pernoctas del actor durante el último año de servicios, anterior al reconocimiento de la pensión.

En caso de salir avante la pretensión de reliquidación pensional, habrá de determinarse si es procedente incluir en la liquidación efectuada por el A quo, las noches de pernocta correspondientes a las ciudades de Río de Janeiro y New York, conforme a lo pedido por el demandante en su alzada.

También debe analizarse si es procedente impartir condena a título de intereses moratorios y, si Allianz Seguros de Vida S.A., es la sociedad llamada a asumir las sumas adeudadas a favor del actor.

Finalmente, se determinará si han de declararse probadas las excepciones de cosa juzgada y compensación, aludidas en la alzada.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **1.** Que el señor Orlando José Andión Hurtado estuvo vinculado con Avianca S.A. del 27 de noviembre de 1.971 al 1º de octubre de 2004 desempeñando como último cargo el de Auxiliar de vuelo nacional (página 50 archivo 01 del ED); **2.** Que a través de acuerdo conciliatorio celebrado entre Avianca S.A. y el aquí demandante el 10 de diciembre de 2003 ante el Ministerio de la Protección Social, se pactó el reconocimiento por parte de la empleadora de una pensión de carácter temporal por la suma de \$2.515.633 mensuales, liquidada con base en el 75% del salario promedio del último año, a partir del 31 de diciembre de 2003, por 14 mesadas al año, la cual se *“causará hasta la fecha en que se reconozca por parte del ISS o el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador o hasta el momento de su muerte o hasta el momento de su invalidez, lo que ocurra primero, en cualquier de estos casos Avinca quedará*

completamente exonerada de cualquier obligación, siempre y cuando que la pensión reconocida por el ISS o el Fondo Privado sea igual o mayor”, debiendo asumir la empresa el mayor valor en caso que la pensión reconocida por el ISS o el Fondo de pensiones fuere inferior (páginas 52 a 55 archivo 01 del ED); 3. Que el otrora ISS reconoció a favor del actor una pensión de vejez mediante Resolución 016965 del 28 de abril de 2008, a partir del 24 de mayo de 2007, en cuantía inicial de \$2.855.076, la cual fue reliquidada en la Resolución SUB 267626 del 11 de octubre de 2018, desde el 14 de septiembre de 2015, en cuantía de \$4.829.695 (páginas 29 a 30 y 53 a 66 Archivo 23 del ED); 4. Que en virtud del reconocimiento de la pensión de vejez a favor del actor, Allianz Compañía Seguros de Vida S.A. venía reconociendo el mayor valor de la pensión voluntaria otorgada a favor de este por parte de Avianca S.A., por celebración de conmutación pensional, sin embargo, con ocasión a la reliquidación de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, la aseguradora en mención, sólo continuó efectuando el pago de la mesada 14 al señor Andión Hurtado, como único mayor valor existente entre las dos prestaciones (páginas 75 a 78 del Archivo 23 del ED); 5. Que no fue objeto de debate entre las partes, la incidencia salarial dada por el fallador de primer grado a los viáticos por alojamiento deprecados por el actor, pues nada contradijo la demandada en su alzada sobre tal conclusión, por manera que la Colegiatura en aras de dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, centrará su estudio en el material probatorio obrante en las diligencias, para así establecer si el mismo permite la cuantificación de dicho concepto para la reliquidación pensional y de contera, si han de salir adelante las pretensiones formuladas por el extremo activo, incluyendo en la respectiva liquidación las pernoctas que echa de menos en su alzada.

En desarrollo de esa tarea, sea lo primero advertir que, conforme a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, cuando se pretende la reliquidación de las acreencias laborales teniendo en cuenta para ello lo devengado por concepto de viáticos permanentes, es al promotor del juicio a quien le corresponde en virtud de la carga de la prueba prevista en el artículo 167 del CGP, demostrar y cuantificar el monto que individualmente canceló el empleador a su favor.

Así, por ejemplo, en la sentencia SL4032-2017, la Alta Corporación expresó que:

*“(…) Lo anterior significa, que el ad quem si tenía un respaldo probatorio para obtener la inferencia que se menciona, además **que en este asunto el demandante que demandó el pago de viáticos permanentes al igual que la reliquidación de las prestaciones sociales y la pensión por inclusión de factores salariales, era a quien le correspondía demostrar conforme a las reglas de la carga de la prueba, las aseveraciones contenidas en los hechos que soportan sus pretensiones, cuyo incumplimiento trae como consecuencia que las súplicas incoadas no sean acogidas o no puedan tener éxito**, como en efecto ocurrió, para lo cual se rememora que «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779). De ahí que no se transgredió el artículo 177 del CPC hoy 167 del CGP”.* (Negrilla fuera de texto).

Asimismo, en sentencia No. de radicación 35818 de 2009, en la cual la Corte Suprema de Justicia analizó un caso similar al que nos ocupa, refirió que:

*“(…) De otra parte, si bien quedó definida la connotación salarial de los valores que pagó la empresa enjuiciada por el alojamiento de la demandante, bien cierto es que, **para que puedan colacionarse en la base para liquidar prestaciones y otros haberes laborales, es indispensable que se cuantifique el monto que individualmente sufragó la empleadora por cada vez que la señora CRUZ ROCA hizo uso de los servicios hoteleros, pero además, es insoslayable identificar el establecimiento en el que pernoctó, con el ineludible propósito de determinar cuál es el valor que debe imputarse al salario de la promotora del proceso, lo que no es posible deducir de las pruebas denunciadas.***

Ante tan oscuro panorama probatorio, la solución deferida por el ad quem era la que correspondía, pues imposible le resultaba establecer los valores que se dejaron de incluir a efecto de realizar los cálculos que demandaban los reajustes pretendidos, sin dejar de aclarar que lo que la recurrente denomina “principio de favorabilidad”, solo opera frente a un conflicto real en las fuentes de derecho, que no ante una incertidumbre fáctica.” (Negrilla fuera de texto).

Teniendo en consideración la jurisprudencia en cita, es claro que se requiere demostrar en forma concreta los días en que pernoctó el demandante en el exterior por cuenta de la empleadora convocada, así como el lugar y el

precio del alojamiento de cada noche, como quiera que, a partir de tal información precisa, es posible establecer el valor que la parte actora recibió a título de viáticos por alojamiento, lo cual le corresponde demostrar a dicho extremo, en virtud de la regla general prevista en materia de carga de la prueba, de que trata el artículo 167 del CGP.

Analizando las pruebas obrantes en el *paginario*, se observa en primer lugar, el dictamen pericial que fue allegado por la parte actora, el cual fue valorado por el Juzgado de Conocimiento, tomando algunos datos contenidos en el mismo, al considerar que no estaba de acuerdo con ciertos criterios tenidos en cuenta por el perito para la liquidación allí esbozada; frente al cual ha de reparar la Sala de Decisión que, el mismo no debe ser considerado para efectos de esta decisión, porque como lo refiere la encartada en su recurso de apelación, este no cumple con los presupuestos previstos en el artículo 226 del CGP para el efecto, específicamente con el numeral 3º de la mentada disposición que prevé:

“(…) El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo las siguientes declaraciones e informaciones:

(…)

3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.

(…)”. (Subraya fuera de texto).

Así, nótese que si bien tal peritaje fue allegado ante el Juzgado Conocimiento el 4 de octubre de 2022 (Archivo 40 del ED), de lo dicho por el perito en su interrogatorio, se trata del mismo que se anexó con la demanda radicada el día 2 de septiembre de 2019 (página 219 Archivo 01 del ED), pues cuando se le indagó sobre esta circunstancia dijo: *“(…) este dictamen pericial, se han hecho ajustes, en este momento no recuerdo cuál es el dictamen, pero este es el dictamen que se presentó al Despacho”,* aclarando además que *“(…) no me refiero a ajustes, como se ha demostrado con anterioridad, se ha enviado el dictamen varias veces, pues realmente es el que se ha presentado, a eso me referí con ajustes, porque se ha enviado varias veces”* (Min. 20:35 – 01:12:38 del Archivo de audio 48 del ED).

En ese orden, aunque tal dictamen fue rendido por Contador Público, cuyo título de especialización en Actuaría le fue otorgado con posterioridad, esto es, el 23 de marzo de 2022, como se observa en las páginas 3 a 4 del archivo 43 del ED, lo cierto es que al momento de su emisión, tal profesional no contaba con la inscripción como Contador Público ante la Junta Central de Contadores, que se acredita mediante su tarjeta profesional, pues nótese que tal documental solo fue expedida hasta el 14 de diciembre de 2021, esto es, mucho después de la emisión del dictamen, como se constatada de la página 2 del archivo 43 del expediente digital, circunstancia que además fue aceptada por el perito cuando rindió su interrogatorio en la etapa de contradicción, bajo el argumento que esa tarjeta estaba en trámite desde 2019, y presentó demoras en su expedición a causa de la pandemia (Min. 20:35 – 01:12:38 Archivo de audio 48 del ED).

Por tanto, es claro que el perito aludido no acreditó a la data de emisión de su experticia, la idoneidad exigida por la normatividad *ejusdem*, pues para ese momento no contaba con la documentación que lo habilitaba para el ejercicio de su profesión como contador, lo cual no solo era indispensable de acuerdo al artículo 266 del CGP, sino también a la luz del parágrafo 3º del artículo 3º de la Ley 43 de 1990, mismo que dispone que “*En todos los actos profesionales, la firma del Contador Público deberá ir acompañado de su tarjeta profesional*”, lo que no ocurrió en el presente caso, como ya se anotó.

Puestas, así las cosas, para la Sala no era procedente que el Juzgado de Conocimiento considerara, ni siquiera de manera parcial, el dictamen pericial allegado por la parte actora, obtenido ante un perito que esta negligentemente escogió, dado que no podía ejercer su profesión de Contador, hasta tanto contara con su inscripción como tal ante la autoridad competente, ya que precisamente era dicha inscripción la que le permitía obrar en esa condición. Dimanando que no era posible acoger las pretensiones de la demanda, soportándose en el dictamen elaborado por un perito que no demostró su idoneidad, para la fecha en que lo emitió.

En esa misma línea, tampoco era procedente la condena cuando el demandante en los hechos de su demanda, ni siquiera indicó los días y los sitios

en los que pernoctó, y no demostró a través de las demás pruebas allegadas al proceso, tales circunstancias, pues nótese que las únicas declarantes que comparecieron, las señoras Sonia Patricia Porras Gutiérrez (min. 01:13:15 – 01:45:49 archivo 30 del ED) y Rosalba Paredes (min.01:51:40 – 02:06:53 archivo 30 del ED), no dieron fe de las circunstancias particulares de la pernocta del actor, ya que solo precisaron situaciones generales en torno al hospedaje y la experiencia que ellas mismas vivieron sobre la situación, aunado a que de su dicho, no se evidencia en el último año de servicios del demandante la frecuencia de vuelos internacionales que compartieron con este, siendo oportuno advertir que aun cuando refirieron que tales vuelos implicaban pernocta en el hotel definido por Avianca en cada ciudad de destino, lo cual era de necesario cumplimiento por estar la tripulación a disposición de la empresa, lo cierto es que esa declaración genera a esta Colegiatura más dudas que certezas sobre este aspecto, toda vez que no pudieron referir con claridad el origen de tal obligación, al hacer referencia únicamente a las obligaciones del contrato de trabajo, lo que se contrapone por lo certificado por Avianca a página 205 del Archivo 11 del ED, por requerimiento efectuado por el A quo, en donde la empresa indica que “(...) aclaramos que no es posible determinar en dónde se hospedó el señor Andión Hurtado y por ende no existe un costo asumido por concepto de hotel en las ciudades referenciadas en los itinerarios de vuelo, ya que las políticas y reglamentos de la empresa permiten que nuestro trabajadores en servicio se hospeden en lugares diferentes a los suministrados por la empresa, sumado al hecho que no todos los vuelos ameritan pernocta, pues suponen en su itinerario el retorno a base de origen.” (Subraya fuera de texto).

Asimismo, se tiene que la testigo Sonia Patricia Porras Gutiérrez (min. 01:13:15 – 01:45:49 archivo 30 del ED) fue clara en advertir que no conoció que se iniciara un proceso disciplinario a un tripulante por no pernoctar en hotel dispuesto por Avianca S.A., a más que revisado el contrato de trabajo del demandante no se observa una obligación específica de pernoctar de manera obligatoria en los hoteles suministrados por la empleadora convocada (páginas 22 a 23 Archivo 23 del ED).

De este modo, faltó el demandante a su deber de probar los supuestos de hecho que respaldaban sus pretensiones, pues de las pruebas hasta ahora analizadas, nada se deriva en cuanto a los días en que puntualmente pernoctó, ni el lugar preciso en que ello tuvo lugar, lo cual tampoco emana de los contratos celebrados entre Avianca y diversas cadenas de hoteles, obrantes en los archivos 03, 05, 07 y 13 del expediente digital, ni de los itinerarios programados durante el año 2003 para el aquí demandante, que se observa en el archivo 02 del expediente digital, porque los acuerdos celebrados por Avianca con distintos hoteles, solo dan cuenta de las condiciones en que dichas partes pactaron el alojamiento de los empleados de Avianca, sin que den fe de la pernocta específica del actor, aunado a que de los itinerarios en referencia, solo se tiene información de los vuelos efectuados por el convocante, sus destinos, así como las horas de salida y de llegada de cada uno de ellos, pero no la pernocta de este y el lugar en la que esta se llevó a cabo.

En otro giro, sobre la sentencia CSJ SL2123-2022, que fue mencionada de manera somera por el Juzgado de Conocimiento y que también se alude en la alzada formulada por Avianca S.A., se advierte que en dicha decisión la Corte Suprema de Justicia definió que era la empleadora Avianca S.A. la llamada a demostrar a través de mecanismos operativos, contables y administrativos si el trabajador había pernoctado en los hoteles contratados por la sociedad; sin embargo, este Tribunal no considera posible echar mano de dicha decisión para resolver el caso puesto a su estudio, como quiera que la sentencia en referencia fue emitida por la Sala de Descongestión Laboral No. 3 de la CSJ, la cual no tiene la facultad de modificar la jurisprudencia, pues nótese que conforme al artículo 26 del Acuerdo 48 de 2016 *“Las sala de descongestión actuarán independientemente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero cuando la mayoría de los integrantes de una de aquellas considere procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverá el expediente, acompañado del proyecto al despacho de origen para que la sala de casación permanente decida”*.

Por tanto, la sentencia CSJ SL2123-2022 no tiene alcance en el presente caso, y menos aun contrariando lo que sobre la materia objeto de debate ha indicado la Sala permanente de la Corte Suprema de Justicia, cuya jurisprudencia

ya se citó con anterioridad y viene siendo reiterada por otras Salas de Descongestión de la Alta Corporación, pues nótese que en la sentencia SL3865-2020 de la Sala de Descongestión Laboral No. 4, se reitera la sentencia SL4032-2017, donde se refirió que:

“(…) Sobre la necesidad específica de probar los presupuestos de hecho que permiten la configuración de los viáticos permanentes cuando se pretende de estos una reliquidación de acreencias laborales o pensionales, esta Corporación con anterioridad (CSJ SL4032-2017), sostuvo:

*[...] el demandante que demandó el pago de viáticos permanentes al igual que la reliquidación de las prestaciones sociales y la pensión por inclusión de factores salariales, **era a quien le correspondía demostrar conforme a las reglas de la carga de la prueba, las aseveraciones contenidas en los hechos que soportan sus pretensiones, cuyo incumplimiento trae como consecuencia que las súplicas incoadas no sean acogidas o no puedan tener éxito, como en efecto ocurrió**, para lo cual se rememora que «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779).” (Negrilla fuera de texto).*

Aunado a lo anterior, nótese que la Sala de Descongestión Laboral No. 1 de la CSJ, en sentencia 1753-2018, moduló que:

*“(…) teniendo en cuenta que el rubro de «viáticos» comprendía varios conceptos, en la medida que como se demostró los pagos se realizaban de manera global, le **correspondía al censor para el éxito de sus pretensiones discriminarlos en debida forma, con el fin de otorgar claridad en lo realmente pretendido, pues el casacionista se limitó a solicitar la revisión de la liquidación definitiva de prestaciones sociales para ver si «se encuentra ajustada a derecho», bajo el argumento que lo pagado era menor a lo que legalmente le correspondía; y por tanto debió haber desplegado una mayor actividad probatoria en las instancias**, toda vez que la esfera casacional no es el escenario pertinente para ello, menos aún a través del decreto de un dictamen pericial, para determinar el valor del salario en especie y las diferencias salariales o prestaciones, tal y como insiste el censor, pues como bien lo recalcó el Juzgado desde un comienzo, el perito es requerido por su experticia para realizar un estudio minucioso sobre determinada materia, con base en el análisis de la información obrante en el expediente respaldada con medios probatorios, pero no para recaudar pruebas o suplir la actividad probatoria de las partes, como equivocadamente lo cree el recurrente, y en tales condiciones, como bien lo determinaron los jueces de instancia, ante la ausencia de elementos de juicio suficientes a verificar en un dictamen, no resultaba pertinente su decreto y menos en el trámite del recurso de casación.*

*De todo lo dicho, la Sala concluye que, si bien los rubros deprecados tienen naturaleza salarial, lo cierto es que la entidad sí los pagó e incluyó en la base salarial de la liquidación final de las prestaciones sociales del señor Saldarriaga Daza y, frente a las pequeñas diferencias supuestamente adeudadas en los tres meses señalados, que en la demanda inaugural, afirma, fueron aquellos periodos en que el actor estuvo en «incapacidad temporal», sin que se esclareciera esta última circunstancia, **el recurrente se abstuvo de cumplir con la carga probatoria de informar la discriminación de los conceptos comprendidos en el rubro pagado por «viáticos», por cada lapso en específico reclamado, para obtener a su favor sumas que, en su decir, se le adeudaban, por ende, no es dable, en definitiva, impartir en este asunto alguna condena, por los reajustes salariales, prestacionales y pensionales solicitados por la inclusión del concepto «viáticos»**». (Lo resaltado es de la Sala).*

Las tesis jurisprudenciales expuestas, denotan que el criterio expuesto en la sentencia SL2123-2022, difiere de la posición que, sobre el tema aquí debatido, han asumido otras Sala de Descongestión de la CSJ.

Al margen de lo expuesto, debe destacarse que en el *sub judice*, el Juzgado de Conocimiento desplegó sus facultades oficiosas para recaudar la prueba de los viáticos por alojamiento causados a favor del demandante, en tanto en audiencia celebrada el 6 de octubre de 2020, requirió a Avianca S.A. para que allegara copia de los contratos hoteleros celebrados en el año 2003, correspondientes a las ciudades a las cuales viajó el actor, a efectos de determinar el costo de la pernocta⁴, a lo cual, se insiste, la demandada en mención indicó que “(...) no era posible determinar en dónde se hospedó el señor Andión Hurtado y por ende no existe un costo asumido por concepto de hotel en las ciudades referenciadas en los itinerarios de vuelo (...)” precisando igualmente que, “(...) no existe un control individualizado de las habitaciones utilizadas por los tripulantes durante sus asignaciones, por lo que no puede inferirse o afirmarse que determinada habitación sea asignada a un tripulante específico” (Página 205 Archivo 11 del ED).

Así resulta evidente que, pese a los esfuerzos asumidos por el Juzgado de Conocimiento para obtener la información que aquí se echa de menos, a través de sus facultades oficiosas, no fue posible obtener la misma, conforme a lo certificado por la encartada, motivo por el cual además, no es del caso dar alcance al artículo 83 del CPT y de la SS, mismo que desarrolla la práctica de

⁴ Archivo 14 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

pruebas en esta segunda instancia, por no considerarse necesario, en tanto ello ya se agotó por el fallador de primer grado, obteniendo los resultados ya expuestos.

De lo dicho, es claro para la Sala que el extremo activo no logró la demostración de los días de pernocta en el último año de servicio y por ende, los viáticos por alojamiento, lo cual constituye una razón suficiente para revocar la decisión opugnada, y en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conclusión que releva a la Sala de estudiar los problemas jurídicos relacionados con los intereses moratorios reclamados, las excepciones de cosa juzgada y compensación, y la presunta responsabilidad que le asiste a la aseguradora vinculada como litis consorcio necesario, por virtud del contrato de conmutación pensional celebrado con Avianca S.A., por no ser procedente la reliquidación pensional aquí perseguida.

Las costas de primera instancia se imponen a cargo del demandante, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento. Sin costas en esta instancia, dado el resultado de la alzada.

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

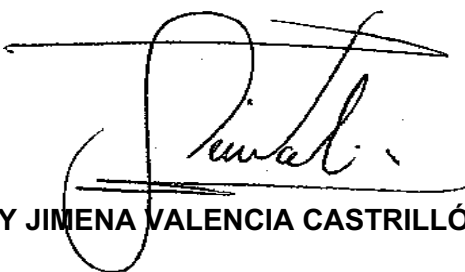
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de diciembre de 2022, para en su lugar, absolver a las demandadas AVIANCA S.A. y la vinculada a la *litis* ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de primera instancia se imponen a cargo del demandante, a favor de la convocada y la vinculada, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento. Sin costas en esta instancia, dado el resultado de la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-015-2022-00209-01
DEMANDANTE:	MARÍA LUISA MACÍAS LONDOÑO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 4 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA Y REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por la demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 4 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA LUISA MACÍAS LONDOÑO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con radicado No. 11001-31-05-015-2022-00209-01.

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

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS que realizó en el mes de junio de 1995 a través de la AFP Colfondos, así como el traslado horizontal que efectuó en el mes de junio de 1.999 a Protección; como consecuencia de ello, ordenar su retorno automático al RPM administrado por Colpensiones, así como a esta entidad, reactivar su afiliación; ordenar a Protección S.A. devuelva a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, con sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, con los rendimientos que se hubieren causado; condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 11 de noviembre de 2021, en los términos indicados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las mesadas ordinarias y adicionales, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo que resulta probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 11 de noviembre de 1.964, motivo por el cual en la actualidad cuenta con 57 años. Que en el mes de marzo de 1990 se afilió al otrora ISS, realizando aportes hasta el mes de mayo de 1.995. Que en el mes de mayo de 1995 se trasladó a la AFP Colfondos, bajo el ofrecimiento que le efectuó el respectivo asesor de acceder a una pensión de manera anticipada, por un valor muy superior al que se causaría en el RPM, sin embargo, el empleado del fondo omitió informarle y asesorarle de manera clara y puntual sobre la naturaleza del régimen privado de pensiones, al igual que frente a las implicaciones de su traslado de régimen, menos aún le advirtió cuál era el capital mínimo requerido para causar una pensión de por lo menos el salario mínimo legal mensual vigente o sobre el esfuerzo de aportes que debía asumir para lograr acumular dicho ingreso atendiendo su nivel de salarios y su edad para la época de traslado. Que hacia el mes de junio de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir S.A.

¹ Páginas 1 a 26 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

porque sus asesores le ofrecieron mayores garantías y beneficios frente a su situación pensional, sin embargo, igual que en el caso de Colfondos, omitieron brindarle una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Que conforme a proyección pensional que le fue realizada, la prestación de vejez sería de un monto menor en el RAIS, en comparación con el RPM. Que el 11 de noviembre de 2021, completó los 57 años y es por ello que, a dicha fecha ya acredita los presupuestos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.²

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que al momento de la vinculación de la parte demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. se 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 a la pensión en el mismo, igualmente se explicaron sus diferencias con el Régimen de Prima Media, impartiendo a la parte actora todos los conocimientos necesarios para que su decisión de vincularse a esta AFP y a este régimen se dieran de manera libre, consciente e informada tal y como se observa en el formulario suscrito por la misma.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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

² Páginas 3 a 22 archivo 08 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento al caso concreto y la genérica³.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.⁴

La demandada **COLFONDOS S.A.** se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda y como argumentos, manifestó que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le informó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

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

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.⁵

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y como argumentos, manifestó que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP PROTECCIÓN SA, por lo tanto no

³ Páginas 3 a 36 Archivo 08 Expediente Digital.

⁴ Páginas 4 a 29 Archivo 06 del Expediente Digital.

⁵ Archivo 05 del expediente digital.

puede reconocer prestación alguna, además como se observa en la historia laboral de la misma aún se encuentra activa como cotizante y de acuerdo al art 13 del Acuerdo 049 de 1990 no puede reconocerse pensión alguna hasta tanto no se desafilie del sistema.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de junio de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la actora del RPM al RAIS el día 3 de mayo de 1995 a través de la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia, ordenó a Protección S.A. a trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondientes a aportes, rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima y las comisiones que haya descontado, a Colpensiones, y a su vez, que esta entidad reactive la afiliación para la demandante, reciba dichos recursos, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos, como si nunca se hubiera trasladado al RAIS; condenó a Colfondos a trasladar los recursos o sumas correspondientes a los gastos de administración junto con las comisiones, porcentaje de pensión de garantía mínima, rendimientos y demás que se hubieren causado durante el tiempo que estuvo afiliada la activa y que no hayan sido trasladados a Protección, con destino a Colpensiones; condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago a favor de la actora de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de mayo del año 2022, atendiendo el valor más alto, obtenido entre el IBL de toda la vida o los últimos 10 años, prestación pensional que se reconocerá en 13 mesadas pensionales anuales y cuyo retroactivo que se genere desde el 1º de mayo del año 2022 y hasta la fecha de pago e inclusión en nómina, se pagará debidamente indexado o actualizado desde la fecha de causación de cada mesada en forma anual y hasta el momento efectivo de la inclusión en nómina;

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

condenó en costas a Colfondos; declaró no probadas las demás excepciones propuestas por las convocadas y absolvió a Colpensiones del reconocimiento de los intereses moratorios declarando demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que el traslado se efectuó sin que transcurriera el término mínimo de permanencia de 3 años, pues desde el 1º de abril de 1994, la afiliada contaba con la posibilidad de escoger o elegir régimen pensional, debiendo permanecer en el respectivo régimen por dicho lapso, sin embargo, procedió a afiliarse a la AFP Colfondos en el año 1995. Añadió que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

Sobre la pensión de vejez reclamada, adujo que la demandante se retiró del sistema desde el 1º de mayo de 2022, momento para el cual ya tenía 57 años de edad y 1472 semanas hasta el mes de abril de 2022, por manera que tiene derecho a la prestación desde el 1º de mayo de símil año, cuya liquidación y pago debe hacerse una vez Colpensiones reciba los recursos provenientes del RAIS, reactive su afiliación y consolide la historia laboral, acotando que para esa liquidación debe tomar la entidad en mención, las previsiones de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, y considerando 13 mesadas al año.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que conforme al artículo 365 del CGP no

es motivo de absolución en costas sobre las demandadas Protección y Colpensiones, su actuar de buena fe en asuntos externos o anteriores al proceso, pues se debe tener en cuenta que en la presente causa ejercieron su derecho de defensa, y en ningún momento se allanaron a las pretensiones de la demanda, de suerte que al ser sujetos procesales sobre los cuales en la sentencia se establecieron órdenes y condenas a su cargo, es procedente impartir condena en costas en contra de dichas entidades.

La demandada **COLFONDOS S.A.**, formuló recurso de apelación parcial, aduciendo que no es procedente la devolución de los gastos de administración y los demás rubros descontados, por cuanto los mismos tienen sustento en lo establecido en la Ley 100 de 1993, y es por ello que la AFP con la finalidad de cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, contrata a un tercero asegurador de buena fe, con quien celebra un acto jurídico autónomo e independiente, en virtud del cual efectúa el pago de las pólizas correspondientes. Añadió que en los términos del artículo 101 de la Ley 100 de 1993, los gastos de administración se descuentan para que los fondos aseguren la rentabilidad mínima del sistema, de manera que por expreso mandato legal tienen derecho a conservar dichos emolumentos por el término de vinculación de la demandante. Dijo que tampoco es procedente la indexación, porque están de por medio los rendimientos financieros generados por Colfondos, superiores a los que se hubiesen podido generar en Colpensiones, aunado a que ello no fue objeto de petición de la parte demandante ni hizo parte de la fijación del litigio, lo cual implica que la orden de indexación de los rubros a retornar desconoce el principio de consonancia y congruencia, lo que en últimas comportaría la violación del derecho defensa y contradicción.

La demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto que el Juzgado de conocimiento pasó por alto que a la data del traslado, eran aplicables el artículo 13 literales b y e de la Ley 100 de 1993, el Decreto 662 de 1994 y el Decreto 663 de 1993, normas estas que establecieron que la aceptación voluntaria, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba mediante la firma del formulario de

afiliación, no existiendo para tal época la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de la doble asesoría, resaltando que el deber de información de estas entidades debe ser valorado a la luz de las normas vigentes a la época del traslado de la actora, ya referenciadas. Dijo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada por el A quo a la luz el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consagrados en el artículo 48 de la CP adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005, pues conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, existe una prohibición expresa según la cual el afiliado no puede trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para la pensión de vejez, que propende por proteger el fondo común que administra Colpensiones y mediante el cual se reconocen las pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la norma pensional, y evitar un desequilibrio patrimonial.

Señaló que los recursos percibidos por la entidad no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, lo cual se sustenta en jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia C-1024 de 2004, reiterada en la sentencia C-062 de 2010, por tanto, no es procedente admitir que un afiliado que estuvo efectuando sus aportes por más de 20 años en otra entidad, se beneficie de las cotizaciones realizadas por los demás afiliados, en atención al concepto de equidad y eficacia pensional. Concluyó solicitando que se condicione el cumplimiento de la decisión por parte de Colpensiones, al traslado efectivo de los aportes y la información de la demandante por las AFP accionadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARÍA LUISA MACÍAS LONDOÑO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si la demandante reúne los requisitos previstos por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Como quiera que el Juzgado de Conocimiento, expuso que una de las razones para declarar la ineficacia de traslado, consistía en que la demandante se vinculó al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A. desconociendo el término mínimo de permanencia previsto en el texto original del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la Sala de Decisión en primer lugar abordará tal consideración, que se relaciona con la figura de la multivinculación, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Para el efecto, ha de recordarse que de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, la multivinculación se presenta cuando una persona cambia de régimen o de administradora antes de los términos legales previstos, de ahí que, en caso de incumplirse con esta regla, la misma norma

señala que “será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales”.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a este tema en la sentencia CSJ SL4777-2017, indicó:

“[...] desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte”.

Teniendo en cuenta que la demandante se trasladó a la AFP Colfondos el 3 de mayo de 1995, conforme a información emitida por el SIAFP ASOFONOS (Página 88 archivo 01 del ED), se tiene que la norma aplicable para resolver el caso de multivinculación es el Decreto 692 de 1994, el cual estableció en su artículo 4º, en relación con la elección del régimen de prima media con prestación definida por parte de los trabajadores del sector privado, *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.”*

Por manera que, si bien el artículo 3º del mencionado decreto establece que a partir del 1º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones “deberán” seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del RPMPD o el RAIS, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, lo cual tuvo por finalidad prevenir casos de multifiliación.

En este orden de ideas, de acuerdo el reporte de semanas cotizadas allegadas por Colpensiones (Expediente administrativo carpeta 5.1 del expediente digital), y los hechos de la demanda que no fueron objetados, se

tiene que la actora se encontraba vinculada al entonces ISS desde el 13 de marzo de 1990 y hasta el 30 de junio de 1995, por lo que, en ejercicio de su derecho de elección, podía escoger el régimen pensional que se ajustara a sus necesidades, sin ninguna restricción legal, después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

De ahí que, si bien el Juzgado de Conocimiento consideró que la posibilidad de efectuar la vinculación inicial por parte de la demandante, tenía lugar desde el 1º de abril de 1994, tal argumento no resulta atendible, conforme a la normatividad referenciada y a los hechos probados; siendo diáfano que no se presentó una multivinculación, y por lo tanto, no es viable indicar, como lo hizo el A quo, que la afiliación al RAIS es ilegal por este hecho. De modo que, se procederá a analizar si se presenta una ineficacia de traslado por omisión en el deber de información, como el fallador de primer grado lo refirió en su sentencia, de manera alternativa.

INEFICACIA DE TRASLADO

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de

quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

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

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

Así mismo, considera la Sala que pese a que en el presente caso no obra el formulario de la afiliación efectuada ante Colfondos S.A., en todo caso de dicho documento, no se podría deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **COLFONDOS S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por la parte demandada, pues fue clara en indicar que cuando trabajaba en el Colegio Hispanoamericano unos asesores de la AFP les hicieron una reunión, en la que les dieron una información general, consistente en que el ISS se liquidaría y por el pánico que ello generó, ella se trasladó. Que también le refirieron que iba a tener una mejor pensión. (Min. 20:54 – 33:56 archivo de audio y video 20 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la parte actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, generados a su favor durante el tiempo en que estuvo vinculado al RAIS.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del *A quo* de ordenar a las AFP demandadas trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima. Sin embargo, el *A quo* omitió referirse a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, conceptos que también han de ser devueltos por PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., además

que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a cada entidad, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, en atención al grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, resulta procedente aun cuando se peticionó en la demanda, ya que la indexación corresponde a una simple actualización del valor de la moneda, además una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP,

dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

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

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción

contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Ahora bien, en punto a la petición de pensión de vejez elevada por la accionante y concedida por el Juzgado de Conocimiento, recuérdese que para acceder a dicha prestación bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

En el presente caso la demandante cumplió el requisito de edad de los 57 años el 11 de noviembre de 2021, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1964 como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

Revisada la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A., se evidencia que la demandante también cumple con el requisito de las semanas, pues cuenta con un total de 1.472 a abril de 2022. Por tanto, es claro que la gestora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, en los términos expuestos por el Juzgado y una vez la entidad Colpensiones reciba los dineros provenientes de la cuenta de ahorro

individual de la actora, junto con los descuentos que le fueron realizados a su cotización.

Finalmente, la demandante manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, misma que no fue impuesta en contra de Protección S.A. ni Colpensiones. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala desacertada la decisión del Juez A quo contra las demandadas Protección y Colpensiones atendiendo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de ambas entidades durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fueron vencidas en juicio, lo que implica que asuman la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos, sin que sea necesario condicionar el cumplimiento de la sentencia como así lo petitiona Colpensiones, pues lógicamente esta entidad, sólo podrá efectuar todos los trámites relativos a la afiliación y actualización de la historia laboral de la activa, hasta tanto reciba los dineros provenientes de las AFP convocadas. En igual sentido se revocará parcialmente la absolución frente a las costas de Protección S.A. y Colpensiones. Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y

Colpensiones al no prosperar sus recursos de apelación. Se incluyen como agencias en derecho la suma equivalente a un SMLMV a la fecha del pago, a cargo de cada una.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la sentencia del 4 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A.** también reintegrar a **COLPENSIONES** las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes cobradas por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a las AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

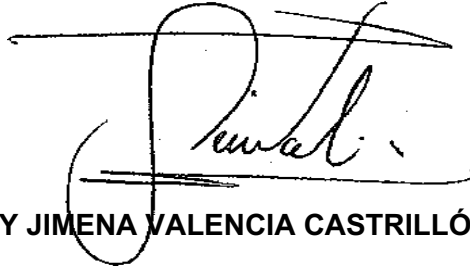
SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **CUARTO** de la sentencia del 4 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, también imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones y Protección S.A., cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones al no prosperar sus recursos de apelación. Se incluyen como agencias en derecho la suma equivalente a un SMLMV a la fecha del pago, a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-016-2021-00449-01
DEMANDANTE:	MÓNICA PATRICIA PEÑA
DEMANDADO:	AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 26 de abril 2023
JUZGADO:	Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Devolución de saldos-pensión vejez
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la DEMANDADA, frente a la sentencia del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MÓNICA PATRICIA PEÑA GÓMEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS POREVNIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-016-2021-00446-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la devolución de saldos prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, junto con la redención anticipada del bono pensional, los rendimientos financieros, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 3 de mayo de 1.962, por lo cual al 3 de mayo de 2019, cumplió 57 años. Que realizó aportes al otrora ISS de manera interrumpida del 13 de mayo de 1.985 al 31 de julio de 1.997, además efectuó aportes a la AFP Porvenir S.A. desde el mes de septiembre de 1.997 hasta su última cotización, la cual realizó en el mes de junio de 2002. Que debido a la falta de empleo no continuó efectuando aportes a pensión, y es por ello que el 20 de agosto de 2019, solicitó ante la accionada la devolución de saldos y el bono pensional, la cual reiteró el 17 de febrero de 2020, ya que a dicha data la administradora demandada solo había realizado simulación pensional y le había requerido para firmar la emisión del bono. Que el 8 de junio de 2020, por requerimiento de la encartada, elevó nueva petición de reconocimiento de la devolución de saldos y bono pensional, misma que fue reiterada el 21 de octubre de símil año.

Agregó que la demandada emitió la respuesta correspondiente, aduciendo que el saldo de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, no le permiten acceder a una pensión de vejez de por lo menos un mínimo, destacando en que todo caso, de acuerdo a la información de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la redención del bono se efectuaría el 03 de mayo de 2022, tendiéndose la expectativa de completar el capital necesario para financiar la pensión de vejez, por lo que hasta no tener los requisitos, la sociedad no podía hacer la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual.

Dijo que nunca solicitó ante la accionada el reconocimiento de la pensión de vejez, por tanto, tan pronto cumplió 57 años, formuló acción de

¹ Páginas 2 a 15 Archivo 01 del Expediente Digital

tutela en su contra, la cual no le fue concedida y se le ordenó acudir ante la jurisdicción ordinaria. Que es madre de dos hijos, reside en EEUU aseando casa 3 días a la semana, además no cuenta con vivienda propia y su esposo tiene cáncer hace 10 años. Que la demandada la obligó a esperar 3 años para recibir la devolución de saldos y el valor del bono pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada AFP PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo para el efecto que la actora al momento de redimirse su bono pensional – 2022-05-03- tendría una altísima probabilidad de ser beneficiaria de la pensión de vejez, al completar el capital necesario para su pensión, por lo que de conformidad con la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, estaría obligada la administradora a estudiar el caso de la actora, bajo esas condiciones y proceder a reconocerle su pensión de vejez, ya que entre sus ahorros individuales y la proyección de su bono pensional, tiene un capital de \$306.482.115, valor que sería suficiente para financiar la prestación de vejez, la cual debe primar sobre la devolución de saldos, que corresponde a un derecho subsidiario.

Añadió que el extremo activo, a la fecha no ha cumplido con los requerimientos de presentar la solicitud pensional, como requisito necesario para estudiar su situación pensional; sumó a ello que, la redención anticipada del bono pensional de la convocante, puede impactar negativamente el mandato legal de buscar el beneficio de sus afiliados a administrar sus recursos para constituir un capital que les permita acceder a una pensión de vejez, la cual les es más favorable que una devolución de saldos.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación pretendida en la demanda en cabeza de mi representada por culpa imputable al actor, inexistencia de obligación alguna a cargo del actor, cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP Porvenir S.A., ausencia de derecho sustantivo, falta de legitimación por pasiva, buena fe y mala fe de la actora.

² Páginas 2 a 22 Archivo 07 del Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 26 de abril de 2023, condenó a la demandada a pagar a la actora la devolución de saldos, conforme a lo establecido en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, es decir, con inclusión de la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, conforme al monto que corresponda para la fecha de cumplimiento de la sentencia; negó la pretensión de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y le condenó en costas.

Como fundamentos de su decisión, el fallador de primer grado señaló que la demandante cuenta con un total de 367 semanas en toda la vida laboral, al igual que acredita un capital de \$31.989.310 y un valor de bono pensional actualizado a 9 marzo de 2022 equivalente a \$274.492.805, para un total acumulado de \$306.482.115, advirtiendo que conforme al artículo 66 de la Ley 100 de 1993, la actora no completó las condiciones para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, a la edad de 57 años, pues no reunió 1.150 semanas de cotización.

Añadió que conforme a la doctrina de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, así como los artículos 66, 67 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1748 de 1995, no fue acertada la decisión de Porvenir S.A. de indicarle a la actora en el año 2019 que debía esperar al cumplimiento de los 60 años de edad para la redención normal de su bono pensional, a efectos de establecer si con ello podía consolidar el capital necesario para acceder a la pensión de vejez, debiendo por el contrario proceder a la devolución de saldos, máxime que para el caso de las mujeres la redención del bono pensional puede hacerse efectiva desde los 57 años, a la luz del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, a más que conforme a la sentencia T-122 de 2019, no es constitucionalmente válido aplazar la devolución de saldos para cuando se produzca la redención normal del bono pensional a la edad de los 60 años, pues la ley prevé la figura de la redención anticipada, a la cual se debe acudir.

Dijo que Porvenir S.A. debió informar a la demandante, si conforme a la redención anticipada del bono pensional más el saldo de la cuenta de ahorro individual, tenía derecho a la pensión de vejez. Concluyó indicando que la devolución de saldos es un derecho subsidiario a la pensión de vejez que debe otorgarse cuando se opte por el mismo, y estén cumplidas las exigencias de Ley para el efecto, esto es, 57 años en caso de las mujeres y declaración de imposibilidad de seguir cotizando, por manera que, en el asunto puesto a consideración, procede la devolución de saldos reclamada, la cual debe incluir capital de la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros y bono pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte DEMANDADA presentó recurso de apelación, argumentando en síntesis como argumentos de alzada que, conforme al interrogatorio de parte rendido por la convocante, esta fue clara al manifestar que a la fecha no ha radicado ante la AFP solicitud formal, aunado a que continuó trabajando en Estados Unidos, que no realizó cotizaciones en Colombia porque no tenía capacidad para hacerlo y que sabía sobre la consolidación de su historia laboral, estando pendiente la redención del bono pensional, la cual tendría lugar en mayo de 2022, al igual que tenía expectativa de consolidar su derecho pensional por encima de la devolución de saldos, gracias a las distintas solicitudes que le envió a Porvenir S.A.

Añadió que el Juzgado de Conocimiento decretó una prueba de oficio, en la cual se puede advertir que la actora tiene un capital en su cuenta de ahorro individual aproximado de \$350.000.000 y, es por ello que, en audiencia se le propuso celebrar una conciliación, en virtud de la cual se le reconocería el derecho que efectivamente le asistía, cual es la pensión de vejez, frente a lo cual la activa manifestó que no tenía la intención de recibir dicha prestación, mismo que legal y constitucionalmente procede por estar por encima de la devolución de saldos.

Señaló que el A quo ignora lo establecido en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, pues aunque este prevé que procede la devolución de saldos cuando el afiliado no cuenta con 1.150 semanas para obtener la garantía pensión mínima, lo cierto es que también prevé que tal prestación tiene lugar en caso

de no haber este acumulado el capital necesario para financiar la pensión de vejez, resaltando que para la interpretación de la norma en referencia, el Despacho no solo debió acudir al artículo 65 de la Ley 100 de 1993, sino también debió echar mano del artículo 64 *ejusdem*, como quiera que en virtud de esta última norma la actora tiene derecho a la pensión de vejez, siempre que reúna el capital para su financiación, lo cual ocurre en el presente caso, como así se le advirtió al Juzgado de Conocimiento.

En ese orden, solicitó la revocatoria de la sentencia confutada, para que en su lugar, se ordene el reconocimiento del derecho que legalmente le asiste a la demandante, cual es la pensión de vejez, misma que le es más favorable, que está por encima de la devolución de saldos y, le garantiza su derecho a la salud en Colombia, debiéndose además, absolver a la entidad en costas.

Advirtió que la AFP no es una entidad financiera, sino que se trata de una entidad de seguridad social que tiene unas obligaciones legales que atender, por lo que no puede pretender la parte actora, en desconocimiento de su derecho pensional, que se efectúe la devolución de sus ahorros, pues no está en su manos decidir pensionarse o no.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si PORVENIR S.A.

está obligado al reconocimiento de la devolución de saldos a favor de la actora, a pesar de que actualmente acumula el capital necesario para financiar la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Inicialmente hay que destacar que en esta instancia no es objeto de controversia que la actora: **1.** Nació el 3 de mayo de 1962, por lo que en la actualidad cuenta con 61 años (página 18 Archivo 01 del ED); **2.** Estuvo afiliada al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 13 de mayo de 1985, realizando aportes en calidad de trabajadora del sector privado hasta el 30 de octubre de 1997, logrando cotizar un total de 199,2 semanas (páginas 2 a 3 Archivo 12 del ED); **3.** Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., en donde cotizó 150 semanas (páginas 2 a 6 Archivo 12 del ED); **4.** Conforme a la historia laboral obrante en el archivo 12 del ED, al 26 de abril de 2023, cuenta con un capital en su cuenta de ahorro individual de \$349.977.019, incluido el valor del bono pensional, además, logró cotizar en toda su vida laboral un total de 367 semanas; **5.** Conforme a proyección pensional efectuada por la convocada el 28 de septiembre de 2020, la actora a la edad de 60 años y con un capital de \$285.871.5848, puede acceder al valor de una pensión equivalente a dicha data de \$1.173.200; a la edad de 61 años, con un capital de \$297.227.232, puede acceder a una pensión por valor de \$1.262.900 y, a la edad de 62 años, con un capital de \$309.063.243, puede acceder a la misma prestación en cuantía de \$1.350.800 (página 91 archivo 01 del ED).

Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho a la actora al reconocimiento y pago de la devolución de saldos por parte de PORVENIR S.A., por no contar con el capital suficiente para financiar la pensión de vejez a la edad de 57 años, a pesar de que a la fecha cuenta con el capital necesario para acceder a la pensión de vejez.

En orden a resolver el escollo del asunto litigioso, cumple resaltar que la Ley 100 de 1.993 consagró en el régimen de prima media con prestación definida la figura de la indemnización sustitutiva y, en el RAIS la figura de la devolución de saldos. Ambas instituciones tienen en común la finalidad de permitir a las personas que luego de haber llegado a la edad para pensionarse y no hayan alcanzado a cotizar el número de semanas necesarias o no hayan

reunido el capital necesario para adquirir el status de pensionado, puedan obtener la devolución de las sumas que representan sus cotizaciones.

La Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez fue introducida por la Ley 100 de 1.993 en el artículo 37, y la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual se encuentra consagrada en el artículo 66 de la misma disposición.

Al tenor del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, en el caso de las mujeres que hayan arribado a la edad de 57 años, no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, esto es, 1.150 y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Así las cosas, una interpretación sistemática de los artículos 66, 113, 118, 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 1° del Decreto 1299 de 1994, permite concluir que la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, de quienes no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, incluye los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, y por tanto, el bono haría parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.

En el caso de autos, la actora arribó a los 57 años de edad el 3 de mayo de 2019, por haber nacido el mismo día y mes del año 1962 (página 18 Archivo 01 del ED), fecha para la cual, solo había cotizados 367 semanas (página 23 archivo 07 del ED) en toda su vida laboral; además, se encuentra demostrado de las pruebas documentales arrimadas a las diligencias y de lo aceptado por la demandada que, el 17 de febrero de 2020, solicitó al fondo de pensiones accionado la devolución de saldos, la cual fue reiterada el 21 de octubre de 2020 (páginas 67 a 69 y 94 a 96 archivo 01 del ED), frente a lo cual PORVENIR S.A. le contestó mediante comunicación del 29 de septiembre de 2020, que el saldo de su cuenta de ahorro individual incluidos sus rendimientos no le permiten acceder a una pensión de vejez de por los menos un salario mínimo

legal mensual vigente, sin embargo, también le indicó que de acuerdo a lo informado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de su Oficina de Bonos Pensionales, una vez se procede con el pago del valor del bono pensional, cuya fecha de redención se encuentra prevista para el 3 de mayo de 2022, se tiene la expectativa de completar el capital necesario para financiar su pensión de vejez, momento en el cual podría presentar una nueva solicitud de validación de requisitos (Páginas 53 a 54 archivo 07 del ED).

Ahora, sobre el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tenemos que revisada la historia laboral allegada por la AFP con fecha 26 de abril de 2023, se advierte que el bono pensional de la activa ya se encuentra redimido, y su valor fue depositado a la cuenta de ahorro individual de la activa por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual sumado al capital que esta había depositado, junto con sus rendimientos, arroja un total de \$349.977.019 (Archivo 012 del ED), suma que conforme a la simulación pensional realizada el 28 de septiembre de 2020 por la convocada, le permite acceder a una pensión de vejez, pues nótese que allí claramente se establecieron 3 supuestos, en los cuales se advierte que la activa a los 60 años requeriría de \$285.871.584 para acceder a una pensión \$1.173.200, además, a los 61 años, edad que actualmente ostenta, necesitaría de \$297.227.232 para acceder a una pensión de \$1.262.900 y, a los 62 años, requeriría de \$309.063.234 para tener derecho a una pensión de \$1.350.800, (página 91 Archivo 01 del ED), cifras que claramente resultan inferiores al capital que actualmente ostenta en su cuenta de ahorro individual.

Bajo este horizonte, importa señalar que en línea de principio, como quiera que para la fecha en que la actora elevó su solicitud de devolución de saldos, que lo fue, como se encuentra demostrado, el 17 de febrero de 2020, data en la que ya contaba con 57 años, su capital acumulado no le permitía financiar una pensión de vejez, pues como se lo indicó la encartada, debía esperar por lo menos hasta la redención normal de su bono pensional, que ocurriría hasta el 3 de mayo de 2022, para contar con una expectativa pensional; aunado a que tampoco era procedente el estudio de la garantía de pensión mínima del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la actora cotizó un total de 367 semanas, por manera que lo procedente era recurrir a la devolución de saldos; no obstante, el presente proceso contiene una particularidad que hace imperioso preguntarse, ¿sí debe accederse a la

devolución de saldos a pesar de que la AFP actualmente ya demuestra que la actora puede acceder a la pensión de vejez con el capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual, según la simulación pensional obrante en el página 91 del Archivo 01 del ED?

Para resolver este último cuestionamiento, se debe tener presente que la jurisprudencia ha sido categórica en manifestar que la devolución de saldos es supletiva o subsidiaria a la pensión de vejez (SL1142-2021), y en ese orden, la Sala no puede pasar por alto que la actora a la fecha actual puede acceder a la pensión de vejez, con lo cual, evidentemente se garantizaría el derecho mínimo e irrenunciable a la pensión.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1142-2021, después de hacer el recuento sobre la figura de la devolución de saldos en el RAIS, y su relación con la redención del bono pensional, ya que en el caso de las mujeres este último se presenta a la edad de 60 años, indicó inicialmente que a pesar de que a la edad de 57 años puede optar por la devolución de saldos, debe tenerse certeza de que a la fecha de redención del bono (60 años) no logre acumular el capital necesario para financiar la pensión de vejez, *“pues, de comprobarse lo contrario, debe privilegiarse el otorgamiento de la prestación principal periódica -pensión de vejez- sobre la secundaria o subsidiaria -devolución de saldos”*.

En ese orden, la citada providencia al respecto adoctrinó:

“(…) no puede desconocerse que el sistema general de pensiones tiene por objetivo amparar las contingencias de invalidez, vejez y muerte a través de prestaciones periódicas y vitalicias y que la devolución de saldos es una prestación subsidiaria o sucedánea a las pensiones. Así, respecto al amparo integral que brindan estas últimas, otros beneficios económicos que, si bien pretenden mitigar las carencias que genera la ocurrencia de tales riesgos, siempre deben considerarse supletorios, subsidiarios o alternativos.

Sin duda alguna, las pensiones son la máxima expresión de la protección de la seguridad social, en tanto su carácter periódico y vitalicio aseguran a las personas afiliadas y beneficiarias una calidad de vida digna y los medios mínimos que permitan sobrellevar las dificultades que pueden acarrear tales contingencias existenciales, lo cual desarrolla el objetivo primordial del sistema -artículo 1.º de la Ley 100 de 1993.

(…)

Lo anterior es relevante pues los recursos que un afiliado tiene en una cuenta de ahorro en el régimen de ahorro individual con solidaridad están diseñados idealmente para que aquel enfrente las contingencias de la seguridad social como la vejez, de modo que es necesario que la decisión que permita el acceso a la devolución de saldos determine

detalladamente la imposibilidad definitiva de acceder a una pensión de vejez, que como se explicó, es lo que de forma prevalente busca garantizar el sistema.

(..)

Asimismo, la Corte Constitucional ha considerado que la devolución de saldos solo es factible cuando de forma definitiva se descarte la posibilidad de acceder al derecho a la pensión de vejez. Precisamente, en la sentencia T-445A-2015" (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, en sentencia SL4207-2019, respecto a la devolución de saldos y la pensión de vejez, la Corte estimó:

"Así las cosas, la ley ni la Constitución Política de 1991, le otorgan al afiliado la posibilidad de renunciar a la pensión de vejez para con ello preferir la devolución de saldos, así esta opción, en apariencia, y mirada desde una perspectiva a corto plazo parezca más favorable, pues en materia de la seguridad social, no puede perderse de vista que la pensión cualquiera sea ella, en este caso la de vejez, es un derecho mínimo e irrenunciable que encuentra apoyo, entre otros, en los artículos 13 y 14 del CST y 53 de la CN, derecho que debe primar, sobre otras opciones, en este asunto, la devolución de saldos, y así debe ser garantizado y asegurado por las entidades que administran el sistema, para el caso en el RAIS".

No es cualquier manifestación de la AFP la que se tenga como tal o que supla ese estudio, sino que el mismo debe aparecer plenamente demostrado en el plenario, cuyos cálculos han de brindar la certeza de que el afiliado accionante sí cuenta con el capital suficiente para obtener la pensión de vejez, que se traduce en que la persona tenga verdaderamente el derecho al reconocimiento de esa prestación de forma definitiva en el RAIS. De lo contrario, (...), no aplicaría la prelación de la pensión a que se ha hecho mención en relación con la solicitud libre y voluntaria del afiliado de que se le devuelvan los saldos de la cuenta individual junto con los rendimientos y el valor de dicho bono pensional, precisamente por no ser bajo estas circunstancias una posibilidad real la prestación por vejez.

Lo anterior significa, que para poder definir la procedencia o no de la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el juzgador además de observar la regulación legal sobre el tema, debe estudiar la situación particular de cada afiliado".

Colofón de lo dicho, en el *sub examine* no se discute que la actora a la edad 57 años (3 de mayo de 2019) no contaba con el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual para garantizar una pensión de vejez; no obstante, la AFP presenta una proyección en la que le afirma que puede acceder a la pensión de vejez incluso desde los 60 años (3 de mayo de 2022), aspecto que no puede pasar desapercibido para la Sala, pues se logra tener certeza de que la demandante a la fecha ya puede acceder a la pensión de vejez y, tal certeza se tiene en la medida en que ya tiene la AFP el valor del bono pensional, el cual sumado a los aportes y rendimientos realizados en el RAIS, le da un total de \$349.977.019 en su cuenta de ahorro individual para el mes de abril de

2023, valor que se insiste, según la proyección más reciente realizada por la convocada, le permite financiar su pensión, misma que de acuerdo a la edad de disfrute, entre los 60 y los 62 años varía en su monto pensional, como se constata en la página 91 archivo 01 del ED.

Asimismo, la proyección aquí realizada no le está requiriendo a la actora que debe seguir cotizando para poder alcanzar la mesada pensional allí detallada, es decir, no está condicionando el reconocimiento pensional a actuaciones futuras, sino por el contrario, está afirmando que con el capital existente en la cuenta de ahorro individual hubiera accedido a la prestación, incluso desde el 3 de mayo de 2022, y en ese sentido, al no poderse descartar en forma definitiva la posibilidad de acceder al derecho a la pensión de vejez, mal haría la Sala en confirmar la devolución de saldos, a sabiendas que como se indica en la alzada ya puede garantizársele a la actora la pensión de vejez como prestación principal y vitalicia, que además tiene el carácter de derecho mínimo e irrenunciable.

Se impone destacar que siguiendo los derroteros jurisprudenciales atrás anotados, debe privilegiarse la pensión de vejez sobre la devolución de saldos, misma que se puede hacer efectiva una vez se descarte que en definitiva el afiliado no puede tener acceso a la pensión de vejez.

Dijo la Corte al respecto:

“(…) y en tales condiciones de llegarse a consolidar efectivamente ese derecho haría improcedente la devolución de saldos que, como ya se dijo, es una garantía suplementaria o sustitutiva de la prestación por vejez que debe prevalecer, que además de ser definitiva, vitalicia y periódica, es un derecho mínimo e irrenunciable, lo cual en modo alguno constituye una restricción a la libertad de elección del accionante, pues de por medio hay normas de orden público y derechos mínimos que no pueden ser renunciados por el trabajador, pero ello será así, se insiste, siempre y cuando exista la posibilidad real de reconocerse dicha pensión, pues de no cumplirse tal situación, contrario sensu, habría que acceder a la devolución de saldos reclamada”.

Puestas así las cosas, contrario a lo estimado por el A quo, ha de preferirse y privilegiarse el acceso a la pensión de vejez como derecho mínimo e irrenunciable, frente a la devolución de saldos, misma que surge de manera supletiva ante el descarte de manera definitiva de que el afiliado no vaya acceder a la pensión de vejez, circunstancia esta que, como se expuso, no ocurre en el presente caso.

En orden a lo anterior, esta Colegiatura revocará la decisión de instancia, para en su lugar absolver a PORVENIR S.A. de las suplicas de la demanda, precisando que esta AFP debe proceder en lugar de la devolución de saldos, a reconocer la pensión de vejez, una vez la convocante eleve la petición respectiva, pues en el escrito inicial no se peticionó condena por tal prestación y la demandante reconoció que nunca elevó reclamación de la pensión de vejez ante la convocada.

Conforme a las consideraciones hasta aquí expuestas, habrá de revocarse la decisión opugnada. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso de apelación formulado ante la AFP Porvenir. Las de primera instancia se imponen a cargo de la demandante, cuyas agencias en derecho habrán de ser fijadas por el A quo.

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

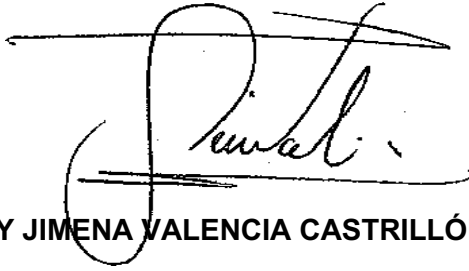
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, dado el resultado de la alzada. Las de primera instancia se imponen a cargo de la demandante, cuyas agencias en derecho habrán de ser fijadas por el A quo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Salva voto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-016-2021-00054-01
DEMANDANTE:	EDUARDO CHAVES GUZMÁN
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 9 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Retroactivo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso formulado por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones de la sentencia del 9 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **EDUARDO CHAVES GUZMÁN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-016-2021-00054-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 16 de mayo de 2008, data en que señala fue retirado del sistema, en un monto equivalente no inferior a la suma de \$3.130.965, que se ordene el pago de las mesadas adicionales adeudadas desde el 16 de mayo de 2008 y 7 de abril del 2018, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que estuvo vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido con la empresa INGETEC S.A entre el 27 de noviembre de 1963 y el 7 de mayo de 1984, que dicha empresa cumplió con su obligación de afiliación a partir del 1° de octubre de 1976, presentando omisión en el pago de aportes entre el 1° de enero de 1976 y del 30 de septiembre de 1976. De igual forma, omitió pagar aportes del mes de diciembre de 1983, febrero y marzo de 1984 y del 1° de abril al 7 de mayo de 1984. Que contabilizado el tiempo al ISS con otras empresas y el que debió cotizar por la empresa demandada al ISS, se acumularía un total de 1007 semanas al 4 de agosto de 1986 cuando se retiró del sistema.

Que el actor nació el 22 de octubre de 1937, lo que significa que para el 1° de abril de 1994, contaba con 40 años de edad, y más de 15 años de servicio siendo beneficiario del régimen de transición. Que, al momento de cumplir los 60 años de edad, alcanzó más de 1000 semanas según lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, el tiempo de afiliación no cotizado por parte de la empresa INGETEC S.A. era de 526.20 semanas. Señaló, que además del tiempo anterior omitido también existía un vacío por el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 1984 y el 4 de agosto de 1986 trabajado con la empresa ESTUDIOS CONSTRUCCIONES E INVERSIONES LTDA, que se encontraba en mora de ser cancelado. Que con fundamento en lo dispuesto por el Acuerdo 027 de 1993, el

¹ Fs. 1-14 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

actor solicitó al ISS la liquidación de los aportes en mora, procediendo el actor a cancelarlos el 15 de mayo de 2008, siendo incluidos en la historia laboral.

Adujo, que sumado el tiempo de omisión en la afiliación por parte de la empresa INGETEC S.A. con las cotizadas por el otro empleador y el cancelado en mora por parte de ESTUDIOS CONSTRUCCIONES E INVERSIONES, arroja un total de 1007 semanas al 4 de agosto de 1986 que realmente debería tener el actor acreditados para el derecho a la pensión, debiéndose reconocer su derecho el 15 de mayo de 2008. En consecuencia, señaló que solicitó la pensión de vejez al empleador INGETEC S.A, el 11 de agosto de 2008, considerando ser el responsable de que el ISS no la asumiera, al no contar con el tiempo requerido en el Acuerdo 040 de 1990.

Que, ante la negativa de reconocimiento de la pensión por parte de la empresa, interpuso demanda ordinaria laboral solicitando a INGETC S.A. el pago de la referida prestación, siendo negada en primera y segunda instancia. Finalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia condenó a INGETEC S.A. a transferir a COLPENSIONES el valor actualizado del cálculo actuarial causado por el lapso comprendido entre el 1 de enero de 1967 al 30 de septiembre de 1976, diciembre de 1983, febrero y marzo de 1984 y del 2° de abril al 7 de mayo de 1984, a efectos de que tales semanas se contabilicen dentro del tiempo de cotización. Que una vez ejecutoriada la sentencia en mención, COLPENSIONES por oficio de fecha 19 de febrero de 2021, comunicó a INGETEC S.A. el cálculo proyectado el cual dio como resultado el valor de \$1.345.042 por la omisión presentada.

Que la empresa demandada INGETEC S.A., presentó comprobante de pago del referido Calculo actuarial cancelado el 3 de marzo de 2021 conforme a la cuantía proyectada por COLPENSIONES, según los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, mediante Resolución SUB129818 del 31 de mayo de 2021, la AFP concedió la pensión de vejez, en cuantía mensual inicial de \$4.184.937 y a partir del 8 de abril de 2018, bajo las premisas del Acuerdo 049 de 1990.

Que, si bien es cierto el actor, 24 años después de su retiro de la actividad y de su condición de afiliado al entonces ISS, cotizó en COLPENSIONES entre el 1° de junio de 2013 y 29 de enero de 2014, ello ocurrió nada más que para asegurar el cumplimiento del requisito de tiempo para la pensión de vejez que pretendía, en consideración a lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, que erró al efectuar el contenido de tiempos y no haber valorado la prueba como corresponde.

Indicó, que, contra la citada Resolución del 31 de mayo de 2021, interpuso recurso de reposición y apelación, siendo negada mediante Resoluciones SUB 166938 del 19 de julio de 2021 y DPE 9012 del 13 de octubre de 2021 respectivamente, bajo el argumento que opero el fenómeno prescriptivo pues la demanda fue incoada contra INGETEC S.A y no COLPENSIONES.

Por último, que agotó la reclamación administrativa con la petición de la pensión formulada al ISS, los recursos interpuestos y las respuestas de los mismos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, sostuvo que la pensión de vejez no puede ser reconocida a partir del 16 de mayo de 2008, pues el demandante elevó la reclamación de la pensión de vejez el día 8 de abril de 2021, por tanto reconoció una pensión efectiva a partir del 08 de abril de 2018 con IBL de \$5'579.916, aplicándole una tasa de reemplazo del 75.00% por acreditar 1.041 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, por lo cual se denota que la reclamación fue ajustada en derecho de acuerdo a las pruebas documentales obrantes dentro del expediente. Agregó, que para la fecha en que solicita el pago de la pensión no reunía la densidad de semanas necesarias.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, Inexistencia del derecho de la demandante, cobro de lo no debido, genérica y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 9 de junio de 2023, condenó a Colpensiones a la reliquidación de la pensión de vejez a partir del 1 de febrero de 2014, y ordenó pagar las mesadas que corresponden desde tal fecha y hasta el 07 de abril de 2018, día anterior al que fue incluido en nómina, condenó a la indexación del retroactivo pensional, absolvió a la pasiva de las demás pretensiones de la demanda y por último gravó en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión, estableció el *A quo* como problema jurídico a resolver si el actor es beneficiario del régimen de transición desde el 16 de mayo de 2008, si hay lugar al pago de las mesadas pensionales desde dicha data hasta el 7 de abril de 2018, junto con el pago de intereses moratorios. Explicó, que, frente al status de pensionado, la pasiva mediante Resolución SUB 129818 del 31 de mayo de 2021, reconoció la pensión de vejez a partir del 8 de abril de 2018, que el actor interpuso recurso de reposición y apelación contra la mencionada determinación, sin embargo, la pasiva al resolver los recursos confirmó en su totalidad dicho acto administrativo.

Señaló que de conformidad al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es beneficiario del régimen de transición, pues al 1 de abril de 1994, contaba con 57 años de edad. Citó el Acuerdo 049 de 1990, para señalar que el actor cotizó durante el tiempo de enero de 1967 al 4 de agosto de 1986, un total de 1007 semanas, pero cumplió los 60 años el 22 de diciembre de 1997. Que elevo el reconocimiento de la pensión el 8 de abril de 2021, por tanto, la pasiva aduce que aplicó el fenómeno prescriptivo de tres años y concedió la prestación a partir del 8 de abril de 2018.

Precisó, la distinción entre la causación del derecho y el disfrute, el primero refiere al momento en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y tiempo de servicios o número de cotizaciones, esto es, cuando se estructura el derecho y el segundo el instante a partir del cual se puede disfrutar. Indicó, que el artículo 13 del Decreto 558 de 1990, dispuso que la pensión se reconocerá a solicitud de la parte interesada, pero será necesaria su desafiliación del sistema. Que el actor

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

solicitó al ISS la liquidación de los aportes en mora que no fueron pagados por Construcciones e Inversiones Ltda. durante el periodo del 1 de noviembre de 1984 al 4 de agosto de 1986, cuyo pago realizó directamente el actor el 15 de mayo de 2008, lo cual se acredita con la cuenta de cobro, (f. 24 archivo 001 del ED).

Sin embargo, para esa fecha (15 de mayo de 2008) el actor no cumplió con la totalidad de semanas, siendo encaminado a iniciar una demanda ordinaria laboral para obtener el pago del cálculo actuarial por los periodos en mora y no pagados por el ex empleador (INGETEC S.A.), que, si bien en primera y segunda instancia fue negado dicho pedimento, la Corte Suprema de Justicia ordenó el pago. En consecuencia, explicó que, para la solicitud de reconocimiento de la prestación, el actor debió esperar hasta el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, por consiguiente, fue hasta el 31 de marzo de 2021, que la sociedad efectuó el pago ante la orden judicial.

Que, no acepta la tesis de la demandada, pues el pago se registró por los periodos faltantes en la historia laboral, pero lo que verdaderamente debe tenerse en cuenta son las fechas de cotización que reporta la historia laboral durante el vínculo de trabajo, no la fecha en que se realizó el pago de tales periodos así hayan sido efectuados con posterioridad. Citó, la sentencia SL 551 de 2020 para señalar que la falta de cotización no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no exista cotizaciones.

Indico, que mientras se surtía la casación frente a la decisión del 31 de julio de 2012 proferida por el *A quem*, el actor realizó cotizaciones como trabajador independiente del 1 de junio de 2013 al 31 de enero de 2014, sin que se pueda inferir que el actor pretendía cesar su derecho de afiliación al sistema, sino por el contrario realizó cotizaciones correspondientes a 30.14 semanas adicionales para alcanzar las 1000 semanas, por lo que consideró que la desafiliación del sistema se da a partir del 1 de febrero de 2014, siendo a partir de esta data que debe reconocerse la pensión de vejez.

Señaló, que al no existir inconformidad frente al IBL y tasa de reemplazo, el Juzgado cálculo la mesada pensional que le correspondería para el 1 de febrero de

2014, tomando la mesada reconocida para el año 2018 por Colpensiones y la estableció en la suma de \$3.435.344 para el año 2014, para el año 2015 (\$3.561.078,00), para el año 2016, (\$3.802.163,00), para el año 2017,(\$4.020.787,00), y reconoció las respectivas mesadas desde el 1 de febrero de 2014 al 7 de abril de 2018. A renglón seguido encontró no probada la excepción de prescripción, bajo el argumento que si bien COLPENSIONES no fue vinculada al proceso judicial que duró más de diez años, no es dable que asuma esa carga de prescripción pues en su entender debe honrarse la fecha de desafiliación.

Denegó, los intereses moratorios, pues la pasiva se encontraba en una situación distinta a la dilucidación de pago de las mesadas de INGETEC S.A. por lo que no le era exigible el reconocimiento del pago sino hasta que se efectuara el pago del cálculo actuarial, finalmente reconocido por la Sala Laboral de la CJS.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, atacó de manera parcial la sentencia, frente a la fecha a partir de la cual debe reconocerse la pensión de vejez, adujo que la reiterada negativa de la empresa INGETEC S.A. en reconocer la pensión que tenía a su cargo por la omisión en el pago de los aportes, lo obligó a efectuar esos aportes ante la negativa del Juzgado y Tribunal de negar la prestación a cargo de la empresa. Por lo que considera, que no debe castigarse por haber pretendido consolidar su derecho a partir del 16 de mayo de 2008

La **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación contra la integralidad de la sentencia bajo el argumento que actuó en derecho a reconocer la prestación a partir del 8 de abril del 2018, al aplicar la prescripción de los tres años previstos en la norma, pues elevó la reclamación el 8 de abril de 2021. Tampoco, está de acuerdo con la orden de la indexación del retroactivo pensional reconocido.

Por último, en caso de confirmarse la sentencia, se absuelva en costas de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de conocimiento, y el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de la citada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el dilucidar la viabilidad de reconocimiento y pago de las mesadas pensionales por el periodo del 16 de mayo de 2008 hasta el 7 de abril de 2018, o como lo aduce la demandada no era dable el reconocimiento de la pensión, desde el 16 de mayo de 2008, en la medida que no tenía los soportes probatorios para definir la existencia del derecho, en razón a que estaba supeditado a un hecho futuro e incierto, como lo era el pago del cálculo actuarial ordenado a INGETEC S.A. por vía judicial.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor **EDUARDO CHAVEZ GUZMÁN** nació el 22 de diciembre de 1937 (f. 19 Archivo 01 ED); **2.** Que el actor según reclamación radicada “2003-6-9” solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, siendo negada por el extinto ISS hoy Colpensiones mediante Resolución No. 028439 del 28 de noviembre de 2003, bajo el argumento que el actor solo había cotizado un total de 389 semanas. (Expediente administrativo)². **3.** Que el 8 de abril de 2021, elevó solicitud de reclamación según lo señalado en la Resolución SUB 12918 del 31 de mayo de 2021, la Administradora de Pensiones reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor del demandante, al considerar que el actor es beneficiario del régimen de transición aplicando los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía inicial de \$4,184,937.00, efectiva a partir del 08 de abril de 2018, con un ingreso base de liquidación de \$4,580,129.00, al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 75.00% y un total de 1,041 semanas cotizadas durante su vida laboral. **4.** Que el actor presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior

²GEN-REQ-IN-2021-3993703-20211051

Resolución, peticionando que la prestación debe ser efectiva a partir del 16 de mayo de 2008. **5.** Que COLPENSIONES negó el recurso de reposición y apelación mediante Resoluciones SUB166938 del 19 de julio de 2021, y DPE 9012 del 13 de octubre de 2021, respectivamente. **6.** Que mediante sentencia del 7 de noviembre de 2018, proferida por la Sala de Casación Laboral en su Sala de Descongestión No. 2 dentro del proceso promovido por el demandante contra INGETEC S.A., resolvió condenar a la sociedad a transferir a COLPENSIONES, el cálculo actuarial causado por el lapso comprendido entre el 1° de enero de 1967 al 30 de septiembre de 1976, diciembre de 1983, febrero y marzo de 1984, y del 2 de abril al 7 de mayo de 1984, a efectos de que tales semanas se contabilicen dentro del tiempo de cotización.

RETROACTIVO PENSIONAL

El inciso 2° del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, dispuso que serían aplicables al régimen de prima media con prestación definida las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en la Ley 100, es decir, las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, que en su artículo 13 diferencia entre la causación y disfrute de la pensión de vejez, indicando que se da la primera cuando se reúnen los requisitos mínimos establecidos para acceder a la prestación, y que para que se pueda entrar a disfrutar de la pensión, será necesaria la desafiliación al régimen pensional.

En cuanto al disfrute de la prestación, en principio se establece que la pensión debe empezar a pagarse a partir de la fecha de la novedad de retiro, o en su defecto, a partir de la última cotización efectuada, por cuanto con el hecho de que el afiliado deje de cotizar y solicite la prestación económica por vejez, está manifestando en forma inequívoca su voluntad de retirarse del sistema como afiliado, y adquirir el estatus de pensionado, o a partir del cumplimiento de la edad, si tal hecho es posterior a la última cotización.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha morigerado el entendimiento de la citada disposición, al señalar en reiterados pronunciamientos que el acto de desafiliación al régimen puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como cuando cesan las cotizaciones al sistema pensional, se cumplen con los requisitos mínimos y se presenta solicitud de reconocimiento, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (CSJ SL 38776, 1 de feb. 2011, CSJ SL4611-2015; CSJ SL 18447-2016, CSJ SL5603-2016, CSJ SL9036-2017 Y CSJ SL963-2018), criterio acogido por esta Sala de Decisión.

Esa Corporación señaló también en sentencia SL13008-2017 que cuando se trata de una prestación concedida en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el disfrute de la pensión se condiciona a la desafiliación formal del sistema y, si esto no ha ocurrido, le corresponde a la entidad reconocer la prestación a partir del momento en el cual le fue solicitado el reconocimiento y desde la fecha en que se han completado los requisitos.

Ahora bien, como el accionante arribó a los 60 años de edad el 22 de diciembre de 1997, y el Parágrafo 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 impuso como límite temporal de vigencia del régimen de transición el 31 de julio de 2010; es necesario verificar si tenía *«al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo»*, para poder acceder a su extensión hasta el 2014.

En sub examine, de las pruebas documentales recaudadas en especial la copia del resumen de semanas cotizadas en pensiones como lo concluido en su Sala Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 7 de noviembre de 2018, se evidencia que el actor laboró para la empresa INGETEC S.A. entre el 27 de noviembre de 1963 al 7 de mayo de 1984, que la ex empleadora solo afilió al demandante al ISS, solo a partir del 1 de octubre de 1976 y que el demandante estuvo afiliado al ISS a través del empleador ESTUDIOS CONSTRUCCIONES E INVERSIONES, en el periodo comprendido, entre el 17 de agosto de 1984 y el 4 de agosto de 1986.

Del referido reporte se advierte, que inicialmente para la fecha en que el actor pregona el reconocimiento de la prestación de vejez, **esto es, 16 de mayo de 2008, solo contaba con una densidad de 480 semanas**, discriminadas de la siguiente manera:

Chaves Guzmán a través del empleador INGETEC S.A. aportó por el periodo del 1 de octubre de 1976 y 1 de abril de 1984 un total de, 377.43 semanas.

Así mismo el referido resumen de semanas cotizadas en pensiones da cuenta que aportó en forma interrumpida, del 17 de agosto de 1984 al 4 de agosto de 1986, un total de 102.57 semanas a través del empleador ESTUDIOS CONSTRUCCIONES E INVERSIONES. Y por último el actor cotizó como independiente un total de 34.14 semanas por el periodo del 1 de junio de 2013 al 31 de enero de 2014, estas últimas semanas con posterioridad a la fecha en que solicita la prestación.

Por otra parte, las semanas que dejó de cotizar la sociedad INGETEC S.A, y que solo fueron reconocidas mediante cálculo actuarial en la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2018, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la que se casó la sentencia del 31 de julio de 2012, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por Eduardo Chaves Guzmán contra INGENIEROS CONSULTORES CIVILES Y ELÉCTRICOS S.A. INGETEC S.A., que corresponden al periodo comprendido entre el 1° de enero de 1967 al 30 de septiembre de 1976, diciembre de 1983, febrero y marzo de 1984, y del 2 de abril al 7 de mayo de 1984, **las que totalizan 525,86 semanas.**

En ese orden de ideas, del total de semanas cotizadas por el actor que equivalen a 1041,86 semanas, 508,57 corresponden a las semanas que no fueron aportadas por INGETEC S.A. al omitir su deber de afiliar al demandante durante la calenda del 1 de enero de 1967 al 30 de septiembre de 1976. El máximo Órgano de cierre refirió que la jurisprudencia ha evolucionado al espíritu de las nuevas disposiciones expedidas por el legislador para contrarrestar la hipótesis de la falta de afiliación, sosteniendo, que la pensión de vejez, debe ser de carga de las entidades de seguridad social, eso sí, con el consecuente recobro o integración de los aportes.

Bajo la anterior orden dada a INGETEC S.A., de transferir el correspondiente cálculo actuarial por el tiempo omitido y que luego de pagado se contabilicen dentro del tiempo de cotización, la AFP demandada mediante comunicación del 19 de febrero de 2021, informó a la ex empleadora el valor a pagar y el plazo a realizarlo, pago realizado el 3 de marzo de 2021 por valor de \$1.345.042 según comprobante obrante a folio 106 del archivo 01 del cartapacio.

En ese orden de ideas, el accionante tenía 1041,85 semanas para el momento en que entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de allí que el régimen de transición se extendió hasta el año 2014.

Ahora bien, recuérdese que para acceder a la pensión del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758, según lo previsto en el artículo 12, se requiere sesenta (60) o más años de edad para el caso de hombres y un mínimo de (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos (20) años anteriores al cumplimiento de la edad o haber acreditado un número de 1000 semanas.

Así las cosas, el señor CHAVES GUZMÁN satisface los aludidos requisitos, pues alcanzó la edad requerida para pensionarse el **22 de diciembre de 1997**, cuando cumplió 60 años de edad; y estando demostrado con la historia laboral que cotizó al ISS a través de diversos empleadores (INGETEC S.A. y ESTUDIOS CONSTRUCCIONES E INVERSIONES) durante diversos ciclos entre el 1 de octubre de 1976 hasta el 7 de mayo de 1984, un total de 491,75; y teniendo en cuenta el periodo que se debe contabilizar a través del cálculo actuarial 508,71, totaliza **1007,46 semanas** frente a las 1000 requeridas en cualquier tiempo.

De lo precedente puede colegirse que el demandante consolidó la pensión reclamada desde el momento en que arribó a los 60 años, sin embargo, no es cierto que el retiro del Subsistema de pensiones se dio el 16 de mayo de 2008, como lo señala en la demanda y reitera en la alzada, pues su último ciclo de cotización fue para la fecha de *1 de enero de 2014 al 31 del mismo mes y año*. En consecuencia, la pensión se debe cancelar a partir del **1 de febrero de 2014**, día siguiente a su última cotización, tal como lo fijó que el *A quo*.

Frente al fenómeno prescriptivo, es de recordar que sobre la interrupción de la prescripción, el legislador dispuso en el artículo 489 del CST que *«el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente»*, mientras que el 151 del CPTSS reza, en su aparte pertinente, *«el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el [empleador], sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual»*.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 3316-2022 que reitero lo señalado en la SL512-2021, instruyó que:

[...] tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo como el 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que señalan el plazo general de tres años para la extinción de las obligaciones y acciones laborales, señalan que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho determinado, interrumpe la prescripción, pero por una sola vez, plazo que empezará a contarse de nuevo, sin que sea posible interrumpir ese plazo por varias veces, en tanto, como ya quedó dicho, los citados preceptos permiten la interrupción de la prescripción por una sola vez, tenor literal que no admite interpretación distinta ni mucho menos como la planteada por la acusación (Subrayado añadido).

Tales disposiciones se deben analizar de forma complementaria y armónica con el canon 6° del CPTSS, según el cual aquel quedará suspendido hasta «i) cuando se decida la petición o ii) cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta» (CSJ SL13000-2015, aludida en CSJ SL3023-2020).

Esta última posibilidad incorporada por la Ley 712 del 2001, como se ilustró en el proveído citado previamente, fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en proveído CC C792-2006, bajo el entendido que:

[....] «el agotamiento de la reclamación administrativa por virtud del silencio administrativo negativo, es optativo del administrado, de tal manera que, si decide esperar la respuesta de la administración, la contabilización del término de prescripción solo se hará a partir del momento en el que la respuesta efectivamente se produzca». De suerte que, hoy por hoy, un adecuado entendimiento del art. 6° del C.P.T y S.S., debe necesariamente contemplar el hecho de que hasta tanto no se

emita y notifique la respuesta a la reclamación, el término prescriptivo permanece suspendido (Subrayado añadido).

Para efectos de la prescripción de mesadas pensionales, se recuerda que el derecho pensional se debe disfrutar a partir del 1º de febrero de 2014 día siguiente a la última cotización del actor; que el 8 de abril de 2021 se reclamó a Colpensiones la pensión, la cual fue reconocida con Resolución SUB129818 de mayo de 2021 (fs. 537 a 539), aplicando la regla mencionada no erró la Administradora al ordenar el pago desde el 8 de abril de 2018. Criterio anterior que ha sido aplicado reiterativamente por la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase las sentencias SL 1977-2021, SL5541-2020, SL2353-2020.

Por último, no es dable considerar que el actor interrumpió el término prescriptivo con la demanda laboral incoada únicamente a INGENIEROS CONSULTORES CIVILES Y ELÉCTRICOS INGETEC S.A., pues de conformidad al expediente aportado al plenario se advierte que el demandante llamó a juicio a la referida sociedad con el fin que asumiera exclusivamente el pago de la pensión de vejez, excluyendo la posibilidad de convocar a la Administradora de manera principal o subsidiaria al reconocimiento de la pensión de vejez.

En **síntesis**, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada del retroactivo pensional deprecado, al concluir esta Sala de decisión que no se equivocó COLPENSIONES a reconocer la prestación de vejez a partir del 8 de abril de 2018, bajo la premisa que elevó la solicitud de reconocimiento pensional el 8 de abril de 2021, de conformidad a lo establecido en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sin costas, al prosperar el recurso de apelación de la demandada y surtirse el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora de Pensiones.

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

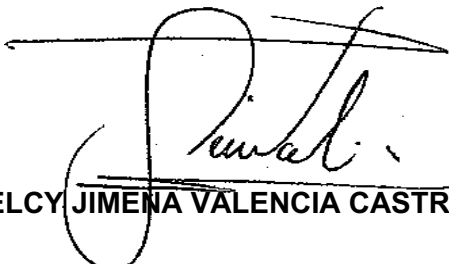
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia del 9 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** y **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, de todas las pretensiones formuladas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada, cuyas agencias deben ser fijadas y liquidadas por el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-017-2019-00834-01
DEMANDANTE:	MARTHA LUCÍA SABOGAL GUZMÁN.
DEMANDADO:	SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. LITISCONSORTE NECESARIOS: MARÍA LUCILA RODRÍGUEZ RAMÍREZ Y HERNANDO SÁNCHEZ LEGUIZAMÓN.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 18 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	CONFIRMA.

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil vientos (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora en contra de la sentencia del 18 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA LUCÍA SABOGAL GUZMÁN** contra **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. LITISCONSORTE NECESARIOS: MARÍA LUCILA RODRÍGUEZ RAMÍREZ Y HERNANDO SÁNCHEZ LEGUIZAMÓN.**, con radicado No. **11001-31-05-017-2019-00834-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente y luego como cónyuge del causante Alberto Sánchez Rodríguez a partir del 29 de noviembre de 2018. Como consecuencia de lo anterior, se condene a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. al pago de la pensión junto con los aumentos legales correspondientes, que se condené al pago de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se condene extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el causante nació el 7 de diciembre de 1973, que fue calificado por enfermedad común por la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., quien lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 64.65. %, conforme a lo anterior fue pensionado mediante comunicación del 1 de agosto de 2011 bajo la modalidad de renta vitalicia a cargo del asegurado. Adujo, que el causante presentó una crisis de salud en el mes de febrero de 2011 a causa de un lupus eritematoso sistémico que afectó sus riñones, siendo vinculado como paciente renal desde ese momento en la clínica San Rafael.

Señaló, que el causante residía en el municipio de Soacha (Cundinamarca) con sus padres, pero a raíz de la enfermedad y para no desplazarse por su agotamiento físico arrendó una habitación en su casa siendo integrado a la familia e iniciando una relación sentimental y permanente, siendo reconocidos por vecinos, amigos y familiares como pareja. Refirió, que luego de convivir en unión libre por más de 5 años, esto es, desde el 7 de diciembre de 2011 hasta el 16 de agosto de 2017 decidieron formalizar su relación contrayendo matrimonio civil, el 17 de agosto de 2017, en la Notaria 17 del Circuito de Bogotá, y continuaron viviendo en la casa de los padres de la actora por la cercanía a la Unidad Renal.

Por último, señaló que después de varios meses del fallecimiento, llegó a su domicilio un funcionario contratado por SURAMERICANA de nombre John Morales, quien pudo evidenciar de manera directa el lugar donde vivían los

¹ Archivo 01 Carpeta 01 Expediente Digital

esposos Sánchez- Sabogal, la habitación donde dormían, constando que existió una convivencia, un vínculo de afecto, apoyo, dependencia económica, acompañamiento en la enfermedad hasta el momento de la muerte de su esposo, haciéndole entrega de documentos y algunas fotos como evidencia para constatar su convivencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que la demandante no acreditó el lleno de los requisitos contemplados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del año 2003, esto es, haber convivido con el causante los siete años que adujo en la demanda.

Propone como excepciones de fondo: ausencia de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes- la demandante no cumple con el tiempo de convivencia requerido para ser beneficiaria de la pensión del causante, incumplimiento de la carga de la prueba- la demandante no acreditó el tiempo requerido para ser beneficiaria de la pensión del causante, subsidiaria- falta de legitimación en la causa por activa – el causante no designó a la demandante como beneficiaria en el contrato de seguro, inexistencia de la obligación de pago de los intereses de mora, SURA no está obligada a reconocer y pagarle intereses de mora a la demandante, ya que ésta no tiene derecho a la prestación solicitada, ausencia de cobertura del contrato- el contrato de seguro no amparó el pago de intereses de mora solicitados por la demandante.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante providencia del 24 de enero de 2020 (fs. 401 y 402) se admitió la demanda y ordenó la vinculación de los señores MARÍA LUCILA RODRÍGUEZ RAMÍREZ y HERNANDO SÁNCHEZ LEGUIZAMÓN, padres del causante como litisconsortes necesarios por pasiva.³

María Lucila Rodríguez y Hernando Sánchez Leguizamón, con frontal oposición a las pretensiones bajo el argumento que la actora no cumple con los

² Archivo 08 Carpeta 01 Expediente Digital

³ Archivo 12 Carpeta 01 Expediente Digital

requisitos establecidos de forma objetiva en el art. 13 de la Ley 797 de 2003. Indicaron que convivieron con su hijo hasta el mes de marzo de 2017, y posteriormente contrajo matrimonio en agosto de 2017 con la actora, y sólo desde ese momento compartieron lecho, techo y mesa iniciando su vida marital, sin embargo, su hijo siguió siendo responsable de las necesidades básicas y manutención de sus padres.

Formularon las excepciones de: pensión de sobreviviente, inexistencia de requisitos subjetivos para acceder a la pensión de sobreviviente por parte de la demandante, no se puede considerar beneficiaria de la pensión de sobreviviente a la demandante por incumplimiento a requisitos objetivos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 18 de mayo de 2023, declaró probadas las excepciones de ausencia de requisitos para acceder a la pensión y la demandante no cumple con el tiempo de convivencia requerido para ser beneficiaria de la pensión, propuestas por la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. – SURAMERICANA S.A, absolvió a las convocadas de todas las pretensiones y gravó en costas a la demandante.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* inició por realizar un recuento procesal de los hechos y pretensiones de la demanda, la contestación de cada uno de los intervinientes, y dio como hechos ciertos la calidad de pensionado por invalidez del causante a cargo de la aseguradora demandada bajo la modalidad de renta vitalicia diferida desde el 1º de agosto de 2011. Que el causante falleció el 28 de noviembre de 2018 según registro civil de defunción y contrajo matrimonio con la demandante el 17 de agosto de 2017.

Así mismo, estimó que tampoco se discute que la pasiva dispuso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los padres del causante mediante comunicación del 23 de julio de 2019, prestación que se hizo efectiva a partir de enero de 2019 en cuantía de un salario mínimo legal mensual y en proporción del 50% para cada uno y que luego de reconocer la prestación pensional se presentó la demandante a solicitar el reconocimiento y pago de la

pensión como cónyuge sobreviviente, petición que fue resuelta de manera negativa.

Explicó, que como el fallecimiento del señor Sánchez Rodríguez, acaeció el 28 de noviembre de 2018, los parámetros a estudiar la referida sustitución pensional es la Ley 100 de 1993 con las modificaciones del art. 12 de la ley 797 de 2003. Preciso, que al momento de la muerte del causante la actora ostentaba la calidad de cónyuge. En ese orden, que cuando quien fallece es el pensionado, la cónyuge o la compañera les corresponde acreditar una convivencia con el causante que para el caso de la primera es no menos a 5 años en cualquier tiempo y de la segunda los últimos cinco años.

Adujo, que, de conformidad a los medios probatorios arrimados al plenario, en especial las manifestaciones efectuadas por los deponentes los señores Luz Stella Beltrán Beltrán, Manuel González y Elisenia Barragán Prada no fueron coherentes ni precisas en señalar la convivencia ininterrumpida alegada por la actora desde el 7 de diciembre de 2011 hasta la fecha de deceso. Señaló, que los testigos no saben de manera concreta transmitir la razón de la ciencia de su dicho, se mostraron confusos respecto de fechas y situaciones que a pesar que refirieron que visitaban a la pareja no son suficientes para concluir que existió una convivencia efectiva entre la actora y el causante. Por otro lado, la señora Silvia Páez Espitia manifestó que conoció al causante desde el año 2010 y luego fueron novios por un periodo de cinco años desde el 2011 hasta el año 2016, data en la que vivían en Soacha, manifestó que en muchas ocasiones acompañó al causante a sus procedimientos de diálisis, procedimiento complejo que debía realizarse por la EPS en la casa del paciente, que dichos aparatos estuvieron en la casa de sus padres y que es un procedimiento que dura cerca de doce horas conectado a una máquina. Que la relación terminó porque el causante se mudó al sector de Modelia y se distanciaron. Que la anterior prueba evidenció que la actora no convivió con el pensionado fallecido por el tiempo aducido ni mucho menos cinco años en cualquier tiempo. Agregó, que lo anterior fue corroborado por los testigos Hernando Sánchez Leguizamón y Carlos Chávez Castañeda.

Concluyó, que la actora contrajo matrimonio con el causante el 17 de agosto de 2017 y este último falleció el 28 de noviembre de 2018, por lo menos debió acreditar una convivencia de cinco años en cualquier tiempo, sin embargo, se demostró que el extinto pensionado hasta el año 2016 mantuvo una relación

con la señora Silvia Páez Espitia. En consecuencia, no se demostró los requisitos para acceder a la prestación rogada por la activa.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes debido a que cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello, ya que logró acreditar los cinco años de convivencia que se establecen en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Agregó, que la relación amorosa que sostuvo la señora Silvia Páez Espitia con el causante no es suficiente para concluir la inexistencia de la convivencia con la demandante. Adujo, que desde el año 2011, existió una convivencia ininterrumpida demostrando lazos afectivos y de solidaridad, siendo corroborado con los dichos de la demandante y los testigos arrimados por la activa, quienes dieron fe que la convivían en una habitación de propiedad de los padres de la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, determinar si la señora MARTHA LUCÍA SABOGAL GUZMÁN tiene derecho a la

pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Teófilo Bravo Angarita (Q.E.P.D.); en caso afirmativo, si resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor Alberto Sánchez Rodríguez (Q.E.P.D.), falleció el 28 de noviembre de 2018, según se desprende del registro civil de defunción⁴; **2.** Que el causante fallecido, era pensionado por invalidez, a cargo de la aseguradora Compañía de Seguros de Vida Suramericana S,A, bajo la modalidad de renta vitalicia diferida, efectiva a partir del 1° de agosto de 2011 en cuantía equivalente a un SMLMV. **3.** Que el extinto Alberto Sánchez Rodríguez contrajo matrimonio con la demandante Martha Lucía Sabogal Guzmán, el día 17 de agosto de 2017, según registro civil de matrimonio de la Notaría 17° del Circuito de Bogotá. **4.** Que, actualmente los padres (María Lucia Rodríguez de Sánchez y Hernando Sánchez Leguizamón) de Alberto Sánchez Rodríguez son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a partir de enero de 2019 en cuantía de un salario mínimo legal mensual y en proporción del 50% para cada uno. (págs. 309 a 311 del archivo 08 del ED).

La pretendida pensión de sobrevivientes la consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 13 de la ley 797 de 2003, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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...”

Aclarado lo anterior, frente al derecho de la demandante al pago de la sustitución pensional, como se estableció el causante falleció el **28 de noviembre de 2018** las normas que gobiernan la situación pensional de la accionante, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, respectivamente, normas que consagran

⁴ Folio 22 archivo 01 del ED.

que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes la cónyuge, “o la *compañera o compañero permanente o supérstite*” quien 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**. Criterio que fue recordado en la Sentencia Radicado SL 1399 de 2018.

Continuando en esa senda, considera esta Sala, si quien pretende el reconocimiento es cónyuge o compañero (a) permanente del **pensionado fallecido**, debe acreditar el mínimo de 5 años de convivencia que, para el caso del cónyuge sobreviviente, no menos de cinco (5) años en cualquier tiempo.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la CSJ en la sentencia SL4227-2021, en la cual señaló, lo siguiente:

“Frente a pensionados fallecidos, esta Corte tiene adoctrinado que, aunque es verdad que el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contempla que, para ser beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, tanto la cónyuge como la compañera deben acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante durante al menos cinco años continuos inmediatamente anteriores al deceso; también es cierto que, la Sala de Casación Laboral al efectuar una interpretación de dicha norma en concordancia con el literal b) ibidem, ha sostenido que la o el cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente puede acceder al derecho pensional al demostrar el requisito de los cinco años 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.”

Aclarado lo anterior, en el caso bajo estudio, la Sala comparte lo considerado por el *A quo* en relación con la convivencia de la promotora de la acción con el pensionado fallecido, pues del dossier probatorio denunciado como mal valorado no se demostró el requisito de convivencia con vocación de permanencia por espacio mínimo de los cinco años en cualquier tiempo. Veamos:

La deponente **Luz Stella Beltrán Beltrán**, tecnóloga en administración hotelera, señaló que conoce a la demandante desde hace cuarenta años porque son vecinas. Manifestó, que la actora terminó sus estudios técnicos y luego comenzó a colaborarle a sus papás en la cigarrería que era el negocio de la familia, negocio que se encontraba ubicado en la Calle 17 sur 7-24. A la pregunta si sabe las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló la relación sentimental entre la actora con el causante, contestó que se conocieron en el año

2010 en la Clínica San Rafael, porque ella acompañaba a su padre hacer la diálisis, y el pensionado fallecido también era un paciente renal crónico. Adujo, que para el año 2011, formalizaron su noviazgo, lo sabe porque ella vivía, tenía contacto con Alberto Sánchez, estando presente en el momento que realizaban las diálisis. A la pregunta si sabe o le consta hasta que fecha vivió el causante con sus padres, contestó que no sabía. Al cuestionamiento efectuado por el A quo si visitaba la vivienda de la actora y se percató si el causante vivía con ella, contestó que sabía que el causante había comprado una cama doble y una televisión para la habitación de la actora en la casa de sus padres. A la pregunta si compartieron momentos o le consta directamente los hechos narrados contestó; que solo le veía llegar a la casa de la actora. Manifestó, que no tenía confianza con el causante sino simplemente sabía quién era, pero no tenía conocimiento de quién era sus padres, donde vivía o que profesión u oficio ejercía. Por último, a la pregunta porque tenía conocimiento de la fecha exacta del matrimonio de la actora con el causante en el año 2017, contestó que recuerda que la actora le participó, pero no asistió, pues solo sabía de algunos detalles de la relación por conocimiento de la demandante. *(conteo de audio 05:10 a 1:10 43 archivo 026 del expediente digital)*.

Manuel González, domiciliado en Bogotá de profesión ebanista, adujo que conoce a la actora porque es la hija de un paciente con diálisis, conociéndola en el año 2010 porque acompañaba a su papá a la Clínica, siendo el deponente también un paciente crónico renal. Adujo, que el padre de la demandante le presentó al causante porque asistían a la misma Clínica para realizarse diálisis. Indicó, que el causante una vez le comentó que él vivía con los papás y que luego se fue a vivir con la actora para *“mediados de septiembre de 2010”*. A la pregunta como tenía conocimiento de la convivencia de la actora con el causante, contestó que el mismo causante para el año 2011 le comentó que se hicieron novios. Al cuestionarse si compartió con la pareja o tenía conocimiento directo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del causante con la pareja, manifestó que el causante era una persona muy reservada que lo acompañaba en ocasiones hasta la casa de la actora y también tomaban tinto.

Señaló, que sabía que el causante era pensionado porque había perdido los riñones, pero fue enfático en señalar en que el causante era una persona muy reservada con sus temas personales. *(conteo audio 02:00 29:14 archivo 027 del expediente digital)*

La testigo, **Elisenia Barragán Prada**, manifestó que conoce a la demandante porque tiene un local de venta de comidas en arriendo en la propiedad ubicada en la calle 17 sur 8-24, residencia de los padres de la actora. Indicó, que tomó el local en febrero del año 2012. señaló, que conoció al causante en el año 2012, porque la señora Sabogal Guzmán se lo presentó como su pareja y sabía que sostenían una relación. Adujo, que no conoció al causante de manera personal, que solo hablaban cuando en ocasiones el causante le solicitó domicilios de almuerzos. Que asistió a las honras fúnebres del causante y que observó a los padres del mismo, pero que no los saludó porque no los conoce.

Señaló, que no sabía si el causante era pensionado, ni las actividades que ejercía, tampoco da fe de las circunstancias de vida, modo, tiempo y lugar de la pareja, pues fue precisa en manifestar que no tenía una relación de amistad con el causante y la actora tampoco le contó detalles de su relación. Por último, que acompañó a la pareja a casarse en la Notaria, sin recordar el año del matrimonio ni deceso. *(conteo audio 32:00 a 48:14 archivo 027 del expediente digital)*

Por otro lado, la señora **Silvia Páez Espitia**, de profesión tecnóloga y empleada de una empresa de transporte, manifestó que conoció a Alberto Sánchez en el año 2010, que entablaron una amistad y luego formalizaron un noviazgo por un periodo mayor a 5 años, específicamente desde el mes de mayo 2011 hasta enero de 2016, época para la cual, por lo menos hasta mediados de 2015, vivían en Soacha. Fue precisa, en señalar que durante dicho periodo acompañaba a Alberto tres veces a la Clínica San Rafael para la diálisis, y de resto tenía que estar conectado a una máquina todos los días para el procedimiento de diálisis peritoneal al no tener riñones, intervención que era compleja y requería equipos que estaban instalados por la E.P.S en la casa del paciente, que esos aparatos estuvieron en la casa de sus padres, y que el procedimiento duraba aproximadamente cerca de 12 horas conectado a una máquina, que la persona que realizaba el procedimiento era la mamá de Alberto.

Manifestó, que Alberto junto con sus padres se fueron a vivir al barrio Modelia en Bogotá y a raíz de la distancia la relación terminó. Que por mutuo acuerdo decidieron acabar la relación al no compartir con la misma frecuencia por la lejanía entre las dos residencias. Indicó, que distinguió a la demandante porque se encontraban en la Clínica, ella recogía a su progenitor y la deponente

al causante. Señaló que durante el tiempo que duró el noviazgo el causante no vivió en la casa de la actora, pues vivía en su casa con sus papás en Soacha o a veces pernotaba en la casa de la declarante.

Señaló, que asistían a muchos eventos sociales como pareja, navidades, año nuevo, que el causante cumplía años el siete de diciembre, que también compartían con sus hijos y la familia del señor Alberto. La testigo, fue coherente en dar un recuento de la vida del causante, que laboraba realizando encuestas para sisben y otras, que enfermó gravemente de los riñones, que lo acompañó a realizar el procedimiento de la pensión para el año 2011, siendo reconocida por la AFP ese mismo año. Manifestó, que en sus redes sociales aparece todas las evidencias fotográficas de su relación durante los años 2011 a 2016. Agregó, que luego que terminaron para el año 2016, el mismo causante le manifestó que inicio una relación sentimental con la señora Martha Lucia Sabogal.

Por último, que se enteró de la muerte del causante porque varias personas que los conocieron y compartieron como novios, la llamaron para darle la triste noticia.

Así las cosas, analizada al detalle la testimonial reseñada la Sala concluye, que se no equivoco el Juez de instancia, al restarle valor a los dichos de **Manuel González, Luz Stella Beltrán Beltrán y Elisenia Barragán Prada**, pues los mismos no aportaron elementos concluyentes, razonables y serios en torno a la convivencia, que permiten tener la certeza requerida para tener demostrada la convivencia entre **Martha Lucía Sabogal** y el causante **Alberto Sánchez Rodríguez** como cónyuges, convivencia que si bien señaló el primer testigo inició en el año 2010 al conocerlo en la Clínica San Rafael, el deponente no fue preciso en marcar las condiciones de vida de la pareja, pues su conocimiento recae en la amistad con el causante como pacientes renales, siendo enfático en señalar que nunca compartió con la pareja, que nunca los visitó sino simplemente acudía a la cigarrería de propiedad del señor Sabogal padre de la demandante y compartía con el causante quien a veces hacía presencia en dicha casa, ya sea conversando o tomando tinto.

En el mismo sentido **Beltrán Beltrán** amiga de la actora, señaló que intuía que vivía en la casa de la demandante porque lo veía en la cigarrería familiar. Fue clara en manifestar que solo veía al señor Alberto llegar a la casa de la actora. Manifestó, que no tenía confianza con el causante sino simplemente

sabía quién era, pero no sabía quién era sus padres, donde vivía o que profesión u oficio ejercía. Imprecisiones que fueron corroboradas por la señora **Barragán Prada**, quien declaró que no tenía una relación de amistad con el causante y la actora tampoco le contó detalles de su relación.

Respecto de las declaraciones juramentadas (f 29 a 32 archivo 01 del expediente digital) de **Manuel González y Luz Stella Beltrán Beltrán** por si solas no tienen la prevalencia para demostrar la convivencia, pues estas solo contienen una manifestación o aseveración de una unión marital de hecho y posterior matrimonio, sin razón alguna; es decir, no se evidenció una razón del porqué de la mencionada convivencia, no se encontró una explicación de cómo se daba, en que situaciones, en donde se desarrolló esa comunidad de vida, pues solo se limitó a aseverar que convivían bajo el mismo techo y que la actora dependía económicamente del causante, afirmación anterior que se contradice con lo manifestado por el mismo Manuel González, quien bajo la gravedad de juramento manifestó que la convivencia inició el 7 de diciembre del año 2011, y en la declaración surtida dentro del proceso manifestó que la convivencia empezó en el año 2010.

En lo que interesa al interrogatorio de parte absuelto por la demandante, donde señala que convivió con el causante desde el 7 de diciembre de 2011 hasta el momento de su deceso, no es admisible que la parte elabore su propia prueba, para efectos de tener por probado unos de los hechos o sino todos los del proceso con su propio dicho, careciendo de fuerza persuasiva, en la medida que ello equivaldría a avalar que la parte interesada cree su propia prueba acorde a sus intereses, además de recompensar el hecho que la parte actora no aportó un solo elemento probatorio ya sea documental o testimonial que respaldara las razones de sus dichos, así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Descongestión Laboral, en la sentencia del 15 de julio de 2008 radicado 31637, reiterado en la sentencia del 30 de octubre de 2018 radicación 62284 con ponencia del Magistrado Martín Emilio Beltrán Quintero.

Es de señalar, que revisadas las manifestaciones dadas por la actora en la entrevista dentro de la investigación administrativa efectuada por la ARL SURA, obrante a páginas 67 a 77 del archivo 08 del ED, se advierte una contradicción, pues refirió que se casó con el *cujus* el 17 de agosto de 2017, iniciando convivencia desde el año 2013, esto es, dos años después de los

señalado en la demanda y anterior declaración. A *contrario sensu*, la declaración de Báez Espitia, si guarda relación con lo manifestado en su momento por la hermana del causante, Olga Lucía Sánchez Rodríguez quien refirió que conoció a la actora desde el año 2016, después del que causante terminará una relación con la señora Silvia. Agregó, que sólo a partir de diciembre de 2016, su hermano fallecido se quedaba algunos días en la casa de la demandante.

Por lo anterior, ninguno de los deponentes pudieron dar fe de una convivencia entre la actora y el cujus en los términos exigidos por la jurisprudencia, dichos que no dan la certeza suficiente para que la Sala derrumbe la decisión de primer grado de absolver a la pasiva, pues las pruebas aportadas al plenario no permiten inferir la convivencia ininterrumpida de cinco años en cualquier tiempo a la muerte del afiliado, convivencia con características de comunidad de vida y permanencia, además de sentimientos de apoyo mutuo y solidaridad.

En **síntesis**, de las pruebas aportadas y recaudadas al plenario se evidencia con total claridad que la actora no acreditó los cinco años de convivencia en cualquier tiempo exigidos por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para acceder a la prestación deprecada, reiterando que a lo sumo sólo demostró una convivencia entre el mes de mayo de 2016 a noviembre de 2018, que es igual a dos años y seis meses. En consecuencia, no estaban llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, mismo sentido en el que el *A quo* se pronunció en la sentencia apelada, que, por su acierto, se confirmará.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de la parte actora. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

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

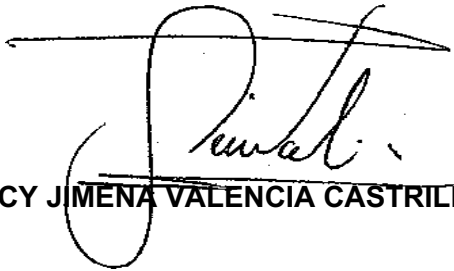
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte actora a favor de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-017-2020-00191-01
DEMANDANTE:	RAMÓN REYES LAGUNA
DEMANDADO:	BANCO DE BOGOTÁ S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 24 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Despido
DECISIÓN:	Confirma

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 24 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **RAMÓN REYES LAGUNA** contra el **BANGO DE BOGOTÁ S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-017-2020-00191-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que entre él y el Banco de Bogotá S.A existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de inicio 1º de enero de 1.999; que se declare que la terminación unilateral del mismo por parte del empleador, lo fue de manera ilegal y sin justa causa ; como consecuencia de ello, se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría, como también realizar los pagos causados a título de sueldos, primas, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, aportes parafiscales y prestaciones extralegales, desde el día 11 de abril de 2019 hasta la fecha en que se produzca el reintegro. Finalmente, peticionó se condene al Banco de Bogotá S.A a pagarle los intereses de mora a la tasa máxima legal vigente, sobre las sumas no canceladas por los conceptos atrás referidos, desde el día 11 de abril de 2019 hasta la fecha de reintegro y las costas del presente asunto.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que, el 1º de enero de 1.999 inició a trabajar con la empresa Banco de Bogotá S.A en la oficina Las Acacias ubicada en la ciudad de Girardot, Cundinamarca, en forma continua e ininterrumpida; que la vinculación laboral fue a término indefinido, ocupando el cargo de asesor comercial; que en el mes de abril de 2.004 fue ascendido al cargo de gerente de oficina, el cual fue el último desempeñado; que se encontraba bajo la subordinación permanente y recibiendo órdenes directas del gerente de zona, quien fungía como representante del Banco para el efecto; que el último salario devengado fue la suma de \$4.504.300 pagaderos en dos contados de forma quincenal; que el día 11 de abril de 2019 el demandado le notificó la terminación unilateral del contrato por justa causa, cuyo único antecedente fue el proceso disciplinario abierto y notificado el 28 de marzo de 2019, a través de comunicación en la cual le expusiera que el Banco hizo apertura formal del proceso, fundamentado en la existencia de posibles incumplimientos a sus obligaciones labores, tales como el cobro de

¹ Fs. 3-15 Expediente Digitalizado
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

porcentajes a las personas que les desembolsa créditos, como también solicitudes de préstamos personales a los clientes, los cuales nunca cancelaba; que entre lo más relevante de la investigación realizada por el Banco, se encuentra una consignación en efectivo por la suma de \$2.000.000 realizada por el señor Juan Carlos Morán Velásquez, a quien el demandante le tramitó 3 tarjetas de crédito y la apertura de una cuenta corriente; que también se evidenciaron traslados de dineros entre colaboradores, tales como el realizado por la señora Cyndy Dorado López, gerente de la oficina de Cajicá, el 17 de febrero de 2017, a la cuenta del demandante por un valor de \$2.000.000; que se identificó al señor José Ancizar Valderrama Esquivel como persona que se encontraba en mora con el Banco, a quien se le preguntó el motivo de la misma a través de llamada telefónica, en la cual contestó que su situación estaba difícil y que quería informar que le había prestado un dinero al demandante, en consideración del apoyo que le había brindado para la aprobación de unos créditos, sin embargo, dicha deuda aún no ha sido cancelada; que, por otra parte, el señor Carlos Alberto Montoya Arias, informó a través de entrevista, que el demandante le había solicitado un préstamo personal por un valor de \$1.000.000 manifestando que dicho préstamo ya fue cancelado.

Que como consecuencia de lo anterior, fue citado para una diligencia de descargos el día 3 de abril de 2019, en la cual se le realizó un interrogatorio de 109 preguntas, y aportó en su defensa una comunicación suscrita por el señor Juan Carlos Morán Velásquez, en la cual informa que conoce al demandante desde hace más de 15 años y que el préstamo que le otorgó se hizo a título personal, por la situación de salud que atravesaba la madre y la hermana del mismo; que nunca le ha cobrado ninguna comisión, ni prebenda derivada de la apertura de productos del Banco; también aportó comunicación suscrita por el señor José Ancizar Valderrama, en la cual manifiesta que conoce al demandante hace más de 20 años, que el préstamo que le hizo, fue a título personal, más no como cobro de comisión por los servicios y productos adquiridos con el Banco; también aportó comunicación suscrita por el señor Carlos Alberto Montoya donde indica que el accionante nunca le ha cobrado comisiones por los productos del Banco; que también aportó historias clínicas

de la señora Elsa Laguna Reyes, sin embargo, el día 11 de abril de 2.019 recibió por parte de la gerente de zona del Banco de Bogotá S.A comunicación de terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa, cuya causal invocada es conflicto de intereses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

BANCO DE BOGOTÁ S.A.²

El Banco de Bogotá S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa expuso, en síntesis, que es cierto que existió una relación laboral con el demandante; aclaró que el contrato se dio inicialmente con Banco Coopdesarrollo, posteriormente Megabanco, a partir del 1º de enero de 1.999, entidad que fue sustituida por el Banco de Bogotá S.A el 1º de agosto de 2006, en virtud de proceso de integración y fusión que se dio entre esas entidades; indicó que el contrato fue cedido, que el cargo para el que fue contratado el demandante fue el de auxiliar de oficina en la ciudad de Girardot y no el de asesor comercial; aceptó la última asignación salarial de \$ 4.504.300 y aceptó el extremo final de contrato, que lo fue el 11 de abril de 2019, pero indicó que la terminación del contrato si bien fue una decisión unilateral de la empleadora, la misma estuvo apoyada en justa causa; defendió la legalidad de la decisión impuesta aclarando que no obedeció a un simple conflicto de intereses, sino a los graves incumplimientos al código de ética y conducta, al reglamento interno de trabajo, anotando que el trabajador transgredió en forma grave sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias; adujo finalmente, que no se le adeudan sumas de dinero al trabajador.

Propuso como excepciones previas la que denominó: inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y como excepciones de mérito las que denominó: Inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no

² Fs. Fs. 236 – 720 Expediente Digitalizado.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa, pago y compensación, buena fe de la demandada, mala fe del demandante, prescripción y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 24 de noviembre de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Como argumentos de su decisión indicó que, de las pruebas obrantes en el expediente se puede concluir que el demandante tenía poder de injerencia o decisión respecto de la aprobación y apertura de productos financieros; que, el área contralora del Banco adelantó investigación en contra del demandante; que posterior a la misma, el señor Ramon Laguna Reyes fue citado a diligencia de descargo, siendo enterado del propósito de la misma, la cual se llevó a cabo el 3 de abril de 2019; que de la misma diligencia de descargos se puede extraer que el demandante aceptó que requirió préstamos de terceros, los cuales tenían vínculos con el Banco demandado, como también quedó probado que la señora Cyndy Dorado tenía la calidad de empleada de la misma entidad bancaria, por lo que solicitarle favores económicos, como lo hizo el demandante, contrariaba las prohibiciones contenidas en el reglamento interno y en los manuales de ética del Banco convocado.

Argumentó el A quo que luego de escuchar a las señoras Ruth Cristina Rivero Ramos, Sandra Janeth Velázquez Robles y Ángela Patricia Jaramillo López y, del contenido de la diligencia de descargos practicada el día 3 de abril de 2019, se puede concluir que la versión rendida por el demandante en el ya mencionado interrogatorio tiene carácter de confesión, pues aceptó la solicitud de préstamos personales a clientes del Banco y a una compañera de trabajo.

Aclaró que, si bien la conducta del señor Ramon Laguna Reyes no encaja en la descripción de un conflicto de interés, lo cierto es que, sí quedó

demostrado que entre el demandante y 3 clientes del Banco se dieron negocios personales, lo cual constituye una vulneración o desconocimiento de los preceptos legales invocados por la demandada. Resaltó el Juez de Primera Instancia que, no le es posible al operador judicial discutir o variar las calificaciones de conductas graves que el Banco de Bogotá ha hecho dentro de sus reglamentos, toda vez que ello corresponde a la competencia propia del empleador y a las estipulaciones propias establecidas con el trabajador, luego entonces, precisó que encuentra demostradas las causas invocadas por la demandada para dar por terminada la relación laboral con el demandante sin que haya derecho al reintegro solicitado, pues es una pretensión sobre la cual tampoco se indicó el fundamento para el efecto, teniendo en cuenta si se trataba de un reintegro convencional, debió también aportarse la correspondiente norma o Convención Colectiva de Trabajo que así lo dispusiera.

Insistió el fallador de primera instancia que, el hecho de que los préstamos solicitados a los clientes del Banco hayan sido personales y no a cambio de favores, ello no diluye la conducta endilgada al trabajador, ni el grado de responsabilidad que le asiste, pues quedó plenamente demostrado que sí solicitó prestamos a clientes del Banco y a una compañera de trabajo, con independencia de las circunstancias y razones que lo llevaron a ello.

Respecto al estado de necesidad que llevó al demandante a solicitar tales préstamos, indicó el A quo que, el Banco contaba con distintos mecanismos para atender de alguna manera las situaciones de necesidad que pasen sus trabajadores, entre estos, el fondo de empleados y otras situaciones más que fueron mencionadas por los testigos.

Dijo que, en el caso concreto no se está ante una simple falta disciplinaria que ameritara el agotamiento de un proceso, según lo consagrado en el Reglamento Interno de Trabajo, sino frente a unos hechos que ameritaban la decisión de despedir al trabajador según lo adujo la demandada, quedando demostrado que, el Banco de Bogotá citó al señor Ramón Laguna a una diligencia de descargos y fue escuchado, hecho que no denota

desconocimiento o vulneración de los derechos de defensa y debido proceso, en la forma en como se pregona en la demanda, concluyendo que el actuar del demandante afectó la imagen corporativa de la entidad bancaria, y que aun conociendo el demandante las disposiciones reglamentarias existentes al interior de la entidad decidió llevar a ejecutar actos contrarias a las mismas.

Respecto de la pretensión encaminada a la aplicación de la sanción moratoria descrita en el artículo 65 del CST, indicó que esta sanción debe imponerse bajo el supuesto fáctico de un incumplimiento por parte del empleador, mediando omisión o retardo injustificado en el pago de salarios y prestaciones sociales, sin embargo en el caso concreto, no existe sustento alguno que acompañe esa pretensión, pues la empleadora cumplió con su deber legal de poner a disposición del demandante sus prestaciones sociales, mismas que fueron efectivamente recibidas, por lo que procede la absolución de tal indemnización y la declaratoria de las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, argumentó que, los hechos por los cuales se le acusa, no encuadran con la investigación adelantada por la demandada, ni en los argumentos esgrimidos por la misma, en su carta de terminación del contrato y menos en las normas que trajo a colación para sustentar la demandada el despido. Insistió en que los préstamos fueron solicitados de manera personal, aunado a que no obra prueba de que haya utilizado alguna herramienta o base de datos u oficina del Banco para beneficiarse de los mismos y, mucho menos se ha probado que ha ejercido algún tipo de presión en contra de los clientes del Banco, por lo que es inexistente un conflicto de intereses.

Argumentó que en el caso concreto se debían exponer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales el demandante debía declararse en conflicto de interés para no afectar a su empleador. Resaltó que el empleador no se ha visto afectado con su actuar en su patrimonio, ni en su imagen; sumó

a ello que tampoco se le dio validez a su estado de necesidad, aun cuando en el expediente obran historias clínicas que refuerzan el mismo.

Dijo que, lo préstamos solicitados a los clientes del Banco y a su compañera de trabajo se dieron por fuera de un ambiente laboral, incluso, que el motivo de dichos préstamos es una calamidad doméstica y que los implicados aceptaron llevar a cabo tal operación, producto de la amistad que los unía, aclarando que ello no tenía injerencia alguna en las actividades del Banco.

Expuso el apelante que, la demandada en su carta de terminación unilateral del contrato, no precisó cuales eran las causas de despido y cómo se encuadran dentro de las normas a aplicar, pues solamente se limitó a exponer un listado de normas, siendo el A quo quien ha revisado si su actuar encuadra o no en las mismas, ejercicio que en su momento debió hacer la demandada, pues era su deber indicarle al empleado cuáles son los hechos puntuales por los que se le despide y cómo se ajustan a las normas invocadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y el recurso de apelación propuesto por la parte activa, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus

atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada³, el determinar si el despido del que fue objeto el demandante lo fue sin justa causa, en consecuencia, si procede el reintegro, junto con el pago de las acreencias laborales reclamadas.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que el demandante fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido por Megabanco, el 1º de enero de 1.999, empleador que fue sustituido por el Banco de Bogotá desde el 1º de agosto de 2006, en virtud del cual desempeñó como último cargo el de Gerente de Oficina, percibiendo como remuneración final la suma de \$4.504.300 (páginas 172 a 182 del archivo 06 y 242 archivo 07 del ED); **2.** Que el contrato fue terminado de forma unilateral por el empleador, el 11 de abril 2019 (páginas 165 a 172 archivo 07 del ED), aduciendo una justa causa para ello.

Para resolver el problema jurídico planteado, debe anotarse que de conformidad con la pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, reiterada, entre otras, en la sentencia SL3278 de 2022, cuando en juicio se estudia la justeza en la terminación del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador, corresponde al trabajador demandante demostrar el hecho del despido y al empleador demandado, que aspire a salir adelante ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, acreditar que éste incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa.

En el caso bajo estudio, los hechos que se endilgan al trabajador conforme a la carta de terminación del contrato de trabajo, se resumen así⁴:

³ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁴ Páginas 165 a 172 archivo 07 del ED

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

- Consignación en efectivo: se identificó una consignación realizada por el señor JUAN CARLOS MORÁN VELÁSQUEZ el 14 de septiembre de 2018, por un valor de \$2.000.000 a la cuenta del demandante. El señor Moran Velásquez es cliente de la entidad demandada, incluso, la investigación arrojó que el señor Ramon Laguna Reyes tramitó al señor Moran Velásquez 3 tarjetas de crédito y la apertura de una cuenta corriente.
- Traslados de dineros entre colaboradores: se evidenció que la señora Cyndy Dorado López, gerente de la oficina de Cajicá, el 17 de febrero de 2017 realizó un traslado desde su cuenta hacia la cuenta de ahorros del señor Laguna Reyes, por un valor de \$2.000.000.
- Préstamo de dinero solicitado por el demandante a cliente del Banco, el señor José Ancizar Valderrama Esquivel por un valor de \$2.100.000
- Préstamo de dinero solicitado por el demandante a cliente del Banco al señor Carlos Alberto Montoya Arias por un valor de \$500.000, el cual le fue cancelado por el actor.

En esa misma carta, como se puede observar, sostuvo la entidad demandada que las conductas señaladas constituían un incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales que daban lugar a la terminación del contrato de trabajo, añadió que los actos realizados por el demandante iban en contra vía de lo dispuesto en el Artículo 75, literales d), e), f) y numerales 14) del Código de Ética y Conducta del Banco y el Reglamento Interno de Trabajo del Banco de Bogotá; los artículos 55, 56, 58, 60 y 62 literal a) numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 7 del Decreto 2531 de 1.965.

Frente a las conductas endilgadas por la demandada y que a juicio de esta justificaban el despido, el argumento de defensa expuesto por el promotor de la acción en la demanda es que, no ha incurrido en conflicto de intereses, toda vez que nunca ha cobrado dimisión o recibido bonificación alguna por parte de los clientes, que si bien es cierto solicitó unos préstamos a clientes y compañeros del Banco, no es menos cierto que, solicitó tales préstamos a

título personal, con la intención de cubrir los gastos médicos que las enfermedades de su madre y hermana le requerían.

De manera preliminar, y en aras de verificar si en realidad tales préstamos ocurrieron, es pertinente precisar que, el demandante al absolver las preguntas realizadas en el interrogatorio de parte, confesó que si había solicitado préstamos a título personal a la señora Cyndy Dorado López, quien también trabaja en la entidad demandada, y a los señores Juan Carlos Moran Velásquez, José Ancizar Valderrama y Carlos Alberto Montoya, misma situación que manifestó en la diligencia de descargos llevada a cabo aquel 3 de abril de 2019, más exactamente en las respuestas a las preguntas 46, 55 y 65 (páginas 205 a 220 archivo 06 del ED); también el señor José Ancizar Valderrama en carta suscrita con su puño y letra, indicó que efectivamente, realizó un préstamo al demandante, no obstante aclaró que tal préstamo se llevó a cabo con fundamento en la difícil situación de salud que atravesaba la hermana y la madre del señor Laguna Reyes (páginas 47 a 48).

La entidad demandada, se *itera*, ha amparado la justa causa del despido en las siguientes normas: Artículo 75, literales d), e), f) y numerales 14) del Código de Ética y Conducta del Banco y el reglamento interno de trabajo del Banco de Bogotá; los artículos 55, 56, 58, 60 y 62 literal a) numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo; y artículo 7 del Decreto 2531 de 1.965.

De las anteriores normas la Sala encuentra entre las más relevantes:

- Artículo 87 Reglamento Interno Banco de Bogotá: *“Prohibiciones al trabajador.*
Queda prohibido a los trabajadores:
(...)
37. Pedir en préstamo dinero a compañeros de trabajo de cualquier nivel ,
pero especialmente si son subalternos”. (Página 92 archivo 07 del ED).
- Circular VR 6622 cumplimiento Código de Ética y conducta Banco de Bogotá:

“(…)

Los colaboradores del Banco con ocasión y en desarrollo de sus funciones, no podrán ofrecer, solicitar o aceptar gratificaciones, comisiones o cualquier forma de remuneración personal proveniente de clientes o proveedores, a fin de no generar ningún compromiso de carácter personal con estos.

(…)

No mantener actividades profesionales o comerciales paralelas a la relación laboral, con clientes o proveedores del Banco”. (Páginas 33 y 34 del archivo 02 del ED).

- Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.

Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo

A). Por parte del {empleador}:

(…)

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos...”

Cuando al demandante se le cuestionó en la diligencia de descargos llevada a cabo en el año 2019, si conocía el contenido de las precitadas normas, respondió afirmativamente, lo cual permite concluir que el señor Ramon Laguna Reyes, siempre tuvo conocimiento que, solicitar préstamo de dinero a los clientes del Banco como también a sus compañeros de trabajo, estaba prohibido e iba en contra del Reglamento Interno de la entidad para la que trabajaba, sin embargo aun así decidió hacerlo, usando como excusa su estado de necesidad producto de la situación familiar que estaba atravesando.

Ahora bien, el Banco de Bogotá, en su Reglamento Interno, capítulo XIX “Causales de la terminación unilateral del contrato de trabajo” artículo 102 literal f) dispone: *“cualquier violación de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”*

Al respecto es pertinente precisar que, juzga conveniente recordar que el juzgador en la especialidad laboral se encuentra vedado para calificar la gravedad en la justa causa establecida en reglamentos, contratos, pactos, convenciones y fallos arbitrales, cuando ello ha sido parte de la negociación propia de las relaciones laborales; no obstante, cuando la misma no se encuentra reglada como tal, debe el operador jurisdiccional concretar bajo el análisis de las pruebas en conjunto, si se constituye tal entidad en la falta para que fuera preciso desvincularlo de las labores, como lo ha decantado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia rad. 39518 del 14 de agosto de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Bajo ese escenario, revisado el Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Ética de la entidad bancaria convocada, no se advierte que esta haya calificado como graves las conductas realizadas por el demandante, esto es, las de recibir préstamos de compañeros de trabajo y clientes del Banco, pues frente a éste último escenario si bien se menciona como falta grave en el numeral 14 del artículo 102 del Reglamento Interno (página 106 archivo 07 del ED), la misma se condiciona a que tales créditos se acepten a cambio de favores o tratamientos especiales en los asuntos que los clientes tramiten en el Banco, lo cual no ocurre en el caso, ya que comparte la Sala lo argumentado por el A quo, cuando hace referencia a la ausencia de materialidad de un conflicto de intereses, pues a lo largo del proceso, no se logró probar que el demandante haya solicitado comisiones, prebendas o favores a cambio de beneficiar a un cliente específico, en las actividades que eran de su cargo.

Por tanto, corresponde a la Sala de Decisión calificar las conductas desplegadas por el actor, las cuales a los ojos del Colegiado se consideran de suma gravedad, toda vez que, el incumplimiento del convocante de las prohibiciones relativas a no recibir préstamos de compañeros y clientes, en el fondo comprometen las operaciones y negocios de la demandada, porque las mismas deben estar enmarcadas dentro de estándares éticos e inspiradas en la transparencia, primando las sanas prácticas y el cumplimiento de la ley, lo cual resulta necesario en la medida que por el tipo de actividad que desempeña el convocando, se debe generar la debida confianza ante el cliente, los proveedores, los empleados y la comunidad en general.

Finalmente, el apelante argumenta que la demandada nunca probó que consecuencias ocasionó en su contra con su actuar, sin embargo, al respecto, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, y CSJ SL19449-2017, destacó:

“La conexidad entre el hecho grave y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es grave no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos. (...) Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen el juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa.”

Más adelante, en sentencia SL3796-2020, la Alta Corporación recordó que:

“(...) el hecho de que la conducta del demandante no le hubiera representado riesgo alguno al Banco, ni ningún perjuicio patrimonial, no es relevante para desdeñar su gravedad, pues tal cualidad no atiende a los efectos, dañosos o no, que produzca el reprochable comportamiento del trabajador.”

Sin contradecir lo anterior, no se puede negar que el demandante tenía terminantemente prohibido solicitar prestamos de dineros a compañeros de trabajo, acción que realizó, como tampoco, mantener actividades profesionales o comerciales paralelas a la relación laboral, con clientes o proveedores del Banco u ofrecer, solicitar o aceptar gratificaciones, comisiones o cualquier forma de remuneración personal proveniente de

clientes o proveedores, a fin de no generar ningún compromiso de carácter personal con estos.

Pese a que el demandante quiso argumentar su actuar en un estado de necesidad, lo cierto es que el mismo conocía que las acciones que estaba realizando iban en contravía del Reglamento Interno de la entidad para la cual laboraba, que no acudió a la misma en aras de solucionar sus inconvenientes personales, sino que, por el contrario, decidió de manera voluntaria, solicitar préstamos a una compañera de trabajo y a tres clientes de la entidad financiera.

Conforme lo expuesto con antelación, resulta claro para la Sala que ha acertado el A quo en su decisión y, los argumentos del demandante resultan infundados o sin la identidad suficiente para controvertir los cargos formulados por la entidad bancaria, pues resulta claro que el trabajador conocía de antemano sus funciones y prohibiciones, que no debía incurrir en las mismas, toda vez que se le había capacitado para evitar la realización de tales conductas y aun así, decidió ir en contravía de tales disposiciones.

En ese sentido, no puede la Sala llegar a una conclusión diferente, sino que, en efecto, por parte del trabajador se presentó un incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo y que la parte demandada atendió la carga probatoria que le correspondía de demostrar la configuración de la justa causa invocada en la carta de despido para dar lugar a la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago.

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

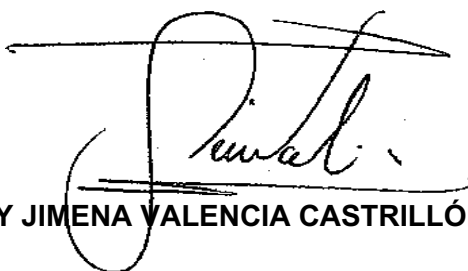
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 24 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-020-2016-00366-01
DEMANDANTE:	MARTHA LUCÍA MURCIA QUINTERO
DEMANDADO:	AFP COLFONDOS S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 1º de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la DEMANDANTE frente a la sentencia del 1º de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA LUCÍA MURCIA QUINTERO** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, con radicado No. **11001-31-05-020-2016-00366-02**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 28 de enero de 2009, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge MAURICIO HERNÁNDEZ TAUTIVA y en cuantía

¹ Páginas 1 a 6 Archivo 15 del Expediente Digital

determinada por el IBC de los últimos 10 años cotizados; junto con los intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que sostuvo una relación sentimental en unión marital de hecho con Edison Mauricio Hernández Tautiva, la cual mutó con posterioridad a un nexo matrimonial celebrado el 23 de septiembre de 2005; vínculo del cual nació la menor Valery Sofía Hernández Murcia. Refirió que Hernández Tautiva falleció el 27 de enero de 2009, contando para esa data con 470 semanas de cotización y, sin que cesara la convivencia desde el inicio de la unión marital de hecho hasta el momento de su deceso. Indicó que solicitó el reconocimiento pensional por sobrevivencia el 8 de abril de 2016, la cual fue negada a través de oficio BP-R-I-L-6147-06-12, argumentando no cumplir el periodo de convivencia. Señaló que en el mismo legajo le otorgaron la prestación a la hija Valery Sofía Hernández en un 100%.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** manifestó su oposición a todas las pretensiones invocadas en su contra, por considerar que no se demostró que la convivencia fuera de, por lo menos, 5 años previos al fallecimiento, junto con la negativa elevada por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., referente a la suma adicional.

Propuso como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, prescripción, imposibilidad de imponer simultáneamente condena por indexación e intereses moratorios, compensación y pago, falta de título y de causa en el actor, enriquecimiento sin causa y, las que resulten probadas en el curso del litigio².

A su turno, la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** concedió respuesta a la ordinaria laboral y al llamamiento, indicando su oposición en el sentido de informar que ya dio cumplimiento a sus obligaciones legales y contractuales, al efectuar el pago de la suma adicional para el pago de la prestación debatida. Añadió que no están probados los requisitos legales para

² Páginas 51 a 74 del Archivo 32 del ED.

que la demandante acceda a la prestación, misma que se encuentra pagando a las menores Valery Sofía Hernández Murcia y Elihana Katherín Hernández León.

Propuso como excepción previa la denominada solicitud de vinculación de litis consorcio necesario Valery Sofía Hernández Murcia y de fondo las que denominó: No cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la pensión de sobreviviente, pago de la suma adicional, no acreditación del siniestro ante la compañía, compensación frente a “*Porvenir S.A.*”, prescripción, buena fe y las que emanen probadas³.

La *Litis consorte necesaria* **VALERY SOFÍA HERNÁNDEZ MURCIA** manifestó, a través de *Curador ad litem*, su oposición parcial a las pretensiones incoadas, señalando que en calidad de hija del causante le corresponde la asignación porcentual que le fija la ley sobre la prestación solicitada. No propuso medios exceptivos de fondo⁴.

Finalmente, la *Litis consorte necesaria* **ELIHANA KATHERÍN HERNÁNDEZ DE LEÓN** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas, bajo el argumento que a la accionante no le asiste el derecho, debido a que no logró acreditar la unión marital, ni la convivencia después de la celebración del matrimonio con el señor Mauricio Hernández Tautiva, como requisito que exige la ley para el reconocimiento de la prestación pensional.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción y falta de acreditación de convivencia⁵.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 1º de junio de 2023, declaró que las menores ELIANA KATHERINE HERNÁNDEZ LEÓN y VALERY SOFÍA HERNÁNDEZ MURCIA son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes conforme a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, con ocasión del fallecimiento del señor EDISON MAURICIO HERNÁNDEZ TAUTIVA; absolvió

³ Páginas 36 a 48 del Archivo 32 del ED.

⁴ Páginas 30 a 31 del Archivo 22 del ED.

⁵ Páginas 3 a 5 del Archivo 21 del ED.

a la demandada COLFONDOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora MARTHA LUCÍA MURCIA QUINTERO; condenó a COLFONDOS S.A. a continuar reconociendo la pensión de sobrevivientes a las menores ELIANA KATHERÍN HERNÁNDEZ y VALERY SOFÍA HERNÁNDEZ MURCIA, en cuantía del 50% a cada una de la mesada pensional; condenó a MAPFRE a seguir pagando las mesadas pensionales que correspondan o el capital necesario para el pago de las mismas a las menores ELIANA KATHERÍN HERNÁNDEZ y VALERY SOFÍA HERNÁNDEZ MURCIA, en virtud del contrato de renta vitalicia; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones; condenó en costas a Colfondos, a la demandante y a Mapfre a favor de las menores vinculadas.

Como fundamentos de su decisión, el fallador de primer grado señaló que procede la tacha por sospecha formulada contra la testigo María Nancy Quintero, en tanto se evidencia parcialidad en su dicho, el cual además presenta contradicciones y falta de seguridad. Añadió que tampoco ha de valorarse el testimonio del señor Antonio Díaz Amado, en tanto no es conteste con las dos declaraciones extra proceso que rindió.

Dijo que el causante cumplió con los requisitos previstos en la ley para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, como así se dejó establecido en comunicación expedida por Colfondos S.A., sin embargo, la demandante no acreditó la condición de beneficiaria, conforme a la norma aplicable al caso, esto es, la Ley 797 de 2003, toda vez que no demostró convivencia con el afiliado fallecido por un término de 5 años, ya fuera en condición de cónyuge o compañera permanente.

Resaltó que tal conclusión fluye de las declaraciones rendidas en las diligencias, pues el testigo de Antonio Díaz Amado se contradice con sus declaraciones extra juicio y lo dicho por la convocante en su interrogatorio de parte, lo cual, a su vez, no coincide con lo informado por los testigos María Brígida Reyes, Fabio León Reyes y Samuel León, e incluso con la propia versión de la madre del fallecido.

Sostuvo que conforme a la norma que regenta el caso, son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, las menores vinculadas al presente caso, como

lo reconoció Mapfre en comunicación remitida a Colfondos S.A., en la cual recalculó la mesada pensional que venía pagando, por inclusión de beneficiario.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte DEMANDANTE presentó recurso de apelación, argumentando en síntesis como argumentos de alzada que, Colfondos S.A. actuó de mala fe, toda vez que no le manifestó que podía reclamar el derecho debatido, incluyendo el tiempo de convivencia con el causante bajo unión marital de hecho, resaltando que no es cierto, lo dicho por la apoderada de la Administradora, en el sentido que nunca presentó solicitud requiriendo la prestación para ella, sino a nombre de su hija, porque en comunicado DPEIL61470612, le indican a ella directamente las razones por las cuales no le reconocen la misma, decisión frente a la cual no presentó ninguna inconformidad, porque bajo el principio de confianza legítima creyó en lo manifestado por Colfondos S.A.

Agregó que nunca se ha pretendido el encubrimiento de ninguna información, porque se aportaron al proceso las declaraciones extra juicio, en donde se menciona la convivencia con el causante desde la existencia del matrimonio, mismas que fueron requeridas en esos términos por Colfondos.

Dijo que el Juzgado de Conocimiento, hizo un estudio más exigente y a manera de “*persecución*”, sobre los testigos solicitados por la parte demandante, porque por pequeños detalles se les restó credibilidad, lo cual no sucedió con la testigo María Brígida, quien incurrió en muchísimas imprecisiones que generan dudas en el presente juicio, resaltando que esta manifestó que la madre de una de las menores tenía una relación desde el 2006 con el causante y que la señora Olga sabía de esa relación, lo cual es contradictorio con el dicho de esta última, en tanto manifestó que no conocía a la madre de la menor y que nunca fue a la casa de ella. En ese orden, solicitó una nueva valoración por parte del Tribunal de los testimonios recaudados, y que se les otorgue el peso probatorio que en realidad les corresponde.

Adujo que si bien el testimonio de Olga Yaneth no tuvo la virtud de indicar con claridad las fechas de la unión marital de hecho que sostuvieron el causante y la demandante, esa sola circunstancia no puede llevar a descartar la existencia de dicha unión; agregó que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

reconocen el derecho que le asiste a la cónyuge respecto de la prestación, máxime que en el presente caso no existió una separación de hecho entre la pareja, sino una simple pelea, como lo recalcó la testigo Olga.

Finalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, que le fue impuesta, por proceder la revocatoria total de la sentencia discutida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídico a resolver en el *sub lite* determinar si la señora MARTHA LUCÍA MURCIA QUINTERO tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de EDISON MAURICIO HERNÁNDEZ TAUTIVA (Q.E.P.D).

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que la demandante y el señor Edison Mauricio Hernández Tautiva, contrajeron matrimonio el 23 de septiembre de 2005, en virtud del cual nació la menor Valery Sofía Hernández Murcia⁶ **2.** Que el señor Edison Mauricio Hernández Tautiva (Q.E.P.D.), falleció el 27 de enero de 2009, según se desprende del registro civil de defunción⁷; **3.** Que la

⁶ Páginas 11 y 15 Archivo 15 del ED.

⁷ Página 13 Archivo 15 del ED.

demandante presentó reclamación de la pensión de sobrevivientes ante la demandada, el 12 de marzo de 2012⁸, la cual le fue negada mediante comunicado del 6 de junio de 2012, siendo reconocida la prestación únicamente a favor de la menor Valery Sofía Hernández Murcia⁹; 4. Que mediante comunicación de fecha 15 de septiembre de 2016, la aseguradora Mapfre informó a la AFP Colfondos S.A. sobre el recálculo de la prestación por inclusión de un nuevo beneficiario, particularmente, la menor Eliana Katherín Hernández León.¹⁰

Como punto de partida, se tiene que la norma aplicable para dilucidar el presente conflicto es la vigente al momento de la muerte del afiliado, que como ya se anotó, ocurrió el 27 de enero de 2009, calenda para la cual estaban vigentes los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, respectivamente. El primer precepto normativo en referencia dispone que para que un afiliado deje causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, debe haber cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento.

En el presente asunto, se tiene que no existe duda frente a que el afiliado fallecido cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su deceso, toda vez que la AFP convocada en su comunicado de fecha 6 de junio de 2012, procedió a reconocer la prestación debatida a la menor Valery Sofía Hernández Murcia, incluyendo posteriormente como beneficiaria, a la menor Eliana Katherín Hernández León, conforme quedó establecido en el acápite de hechos probados.

Ahora, el segundo precepto normativo referido al inicio de la providencia, esto es, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dispone que serán beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, la cónyuge o la compañera permanente del causante, siempre y cuando acrediten que hicieron vida marital con este hasta su muerte, habiendo convivido no menos de 5 años con anterioridad al deceso.

En relación con este requisito legal, la Sala Laboral de la CSJ, a través de la sentencia SL1730-2020, varió la postura que había sostenido de antaño, para indicar que los 5 años de convivencia señalados en la normativa en comento,

⁸ Páginas 97 a 98 Archivo 32 del ED.

⁹ Páginas 16 a 18 Archivo 15 del ED.

¹⁰ Páginas 46 a 47 Archivo 22 del ED.

solo se exigen a la cónyuge o compañera reclamantes de la pensión, en aquellos casos en los cuales el fallecido es un pensionado, pero que cuando quien fallece es un **afiliado**, únicamente se deberá acreditar, como mínimo, “(...) *la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (...)*”. esta tesis fue reiterada en la sentencia SL2901-2021, en la cual se dijo que, “*Entender que el requisito de convivencia del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 es exigible solo para quien pretenda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada por el pensionado fallecido y no para quien solicite tal prestación respecto del causante afiliado sin un derecho pensional consolidado, no comporta una vulneración del principio de igualdad ni es contrario al principio de no discriminación, pues está fundado en un elemento diferenciador, cual es la condición en la que se encuentre el asegurado causante de la prestación.*”.

Por su parte, la Corte Constitucional se pronunció sobre este aspecto en la sentencia SU-149 de 2021, en la cual expuso lo siguiente:

“Sobre la violación directa de la Constitución, la Sala sostuvo que se desconoció el principio de igualdad con la interpretación del requisito de convivencia previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. La distinción introducida por la Corte Suprema de Justicia, al disponer que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados, no armoniza con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia. Así mismo, esa diferenciación carece de una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad, por lo que resulta arbitraria.

La violación directa de la Constitución también se presentó por desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Este precepto se desconoce cuándo se reconocen derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes. Esto ocurrió en el presente caso al dejar en firme la providencia que ordenó el reconocimiento pensional a la compañera permanente, pese a no demostrar la convivencia de cinco años exigida en la ley. A esta razón se suma, que la regla sentada por la Corte Suprema de Justicia incrementaría en un número importante el número de personas que se harían acreedoras de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia y el pasivo pensional aumentaría en 461% según estimaciones aportadas por el Ministerio de Hacienda en sede de revisión. Así, al no tenerse en cuenta el requisito de convivencia de la peticionaria con el afiliado, se omite el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionada a las finanzas del Sistema

General de Pensiones, lo que redundará en la vulneración de los principios de universalidad y sostenibilidad financiera.

Asimismo, la Sala Plena determinó que en la decisión de la Sala de Casación Laboral se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado. Sostuvo que la lectura acogida por la Corte Suprema de Justicia partía de una hermenéutica plausible del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. No obstante, en concordancia con lo expuesto sobre la violación directa de la igualdad y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, dicha interpretación contradecía principios constitucionales y conducía a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que es amparar a la familia del fallecido.

Por último, para verificar la configuración del desconocimiento del precedente, la Sala determinó que el precedente aplicable en la materia es la Sentencia SU-428 de 2016. La Sala de Casación Laboral se apartó indebidamente de esa decisión pues no cumplió con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación. No mencionó explícitamente su apartamiento del precedente fijado por la Corte Constitucional ni mucho menos expuso en forma adecuada las razones por las cuales su postura divergente garantizaba de mejor modo los principios y valores constitucionales involucrados. Esto a pesar de que se trataba de un fallo de unificación que determinaba, con carácter vinculante, el contenido y alcance del derecho a la seguridad social ante el problema jurídico materia de decisión en el asunto de la referencia.”

Vistas las dos posturas jurisprudenciales en comento, a juicio de esta Colegiatura, analizados los argumentos esgrimidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral para sustentar el cambio de precedente frente al requisito para obtener la pensión de sobreviviente (cuando la muerte deviene del afiliado), contrarían el principio de sostenibilidad financiera. Recordemos que es un deber asegurar la eficiencia, sostenibilidad y existencia de los regímenes pensionales, principalmente para lograr tener los recursos necesarios para poder prestar, reconocer y pagar las diferentes prestaciones a cargo del sistema, el cual se verá seriamente afectado ante la inaplicación del requisito de la convivencia ante el fallecimiento del afiliado, sin obviar el hecho de que se trasgrede el principio de igualdad al ofrecer disímil tratamiento para igual derecho, y es que si bien no es lo mismo un pensionado que un afiliado, la prestación que protegerá al beneficiario de la contingencia de la muerte si lo es.

En suma, en los términos del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 del 2003, es requisito *sine qua non* para acceder a la pensión de sobrevivientes, originada

con el fallecimiento de un afiliado al Sistema de Pensiones, tratándose de eventuales beneficiarios, ya sea cónyuges o compañeros permanentes, la convivencia en un tiempo no menor a cinco años, tal y como se exige para acceder al beneficio pensional al fallecer el pensionado; pensarlo de otra forma además de darle un sentido exegético a la norma desconoce los principios de solidaridad, igualdad y sostenibilidad que permean las leyes que gobiernan el sistema de seguridad social. En tal orden, las enseñanzas traídas por la Corte Constitucional en sentencia SU-149- 2021, sumado a que propenden por garantizar el derecho de igualdad propio de esta clase de decisiones, se ajustan a un correcto entendimiento de la norma, dado que se acompasa con los principios rectores de la seguridad social.

Conforme lo expuesto, considera esta Corporación que, independientemente si la pensión de sobrevivientes se reclama por muerte de afiliado o pensionado, si quien pretende el reconociendo es cónyuge o compañero (a) permanente, debe acreditar el mínimo de 5 años de convivencia que, para el caso de esta última, deben ser inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante, mientras que, para el caso de la cónyuge, tal término lo es en cualquier tiempo.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a verificar el material probatorio allegado a las diligencias, en especial las declaraciones recaudadas en el presente trámite, bajo los principios rectores de la experiencia y la sana crítica, tal y como se peticiona en la alzada, encontrando el Colegiado que se comparte la postura asumida por el Juzgado de Conocimiento relativa a que dichos medios de convicción, no enseñan fehacientemente que la pareja conformada por la señora Martha Lucía Murcia Quintero y el señor Edison Mauricio Hernández Tautiva (QEPD), convivió por un lapso correspondiente al mínimo exigido por la norma, esto es, 5 años en cualquier tiempo, conforme a la calidad de cónyuge de la actora, en razón a que los testimonios y el interrogatorio de parte recaudados dentro del juicio, primero, no son prueba contundente de la convivencia y, segundo, los mismos presentan serias contradicciones entre sí y con las declaraciones extra juicio allegadas a las diligencias, conforme se pasa a explicar:

En la solicitud elevada ante la demandada Colfondos por parte de la demandante, se tiene que esta indicó bajo la gravedad de juramento que había

convivido con el causante desde el 23 de septiembre de 2005 hasta el 27 de enero de 2009¹¹; sin embargo, al absolver interrogatorio de parte dentro del proceso, afirmó que había iniciado su convivencia con el causante, en febrero de 2003, es decir, exactamente seis años antes del fallecimiento de este, acotando que ello ocurrió en la casa de su tía, y que cuando contrajo matrimonio con el afiliado fallecido hacia el año 2005, se trasladaron para la casa de la madre de este, en donde continuó la convivencia hasta la data de la muerte. Aunado a ello, se tiene que, si bien la demandante refirió en su declaración que, al realizar la solicitud del derecho pensional, declaró que la convivencia inició desde la fecha del matrimonio, es decir, desde el 23 de septiembre de 2005, atendiendo lo indicado por los asesores de la AFP, lo cierto es que esta circunstancia no se encuentra acreditada, mediante un medio de prueba distinto al propio dicho de la actora (Min. 23:21-34:45 archivo 14 del ED).

También milita en el plenario la declaración extrajuicio del 9 de marzo de 2012 que rindió el señor Jimmy Antonio Díaz Amado, en la cual indicó que conoció de vista, trato y comunicación hace 11 años al causante, quien era casado con la demandante y convivió con ella de forma permanente, pública e ininterrumpida desde el 23 de septiembre de 2005, hasta el día de su fallecimiento, versión que fue contrariada en declaración extrajuicio rendida por él mismo el 26 de abril de 2016, pues en esta manifestó que le constaba que el causante y la demandante “convivieron casados desde el año 2003” hasta la fecha del deceso del señor Hernández Tautiva¹². A su vez, al rendir testimonio dentro del proceso, dicho testigo contradijo su propia versión, pues indicó que el causante y la demandante iniciaron relación de pareja hacia el año 2002, y al poco tiempo iniciaron convivencia, en la casa de la tía de la activa, además, se casaron por lo civil y finalmente convivieron en la residencia de la madre del afiliado fallecido, acotando que la pareja nunca se separó (Min. 35:36 -46:20 Archivo 14 del ED).

Ahora, dentro del proceso también se escuchó la declaración de la señora María Nancy Quintero Vargas, tía de la demandante (Min. 10:10- 23:41 archivo 23 del ED), quien afirmó que el causante y la demandante iniciaron convivencia en el tercer piso de su residencia en el año 2003, además, se casaron hacia el

¹¹ Páginas 97 a 98 Archivo 32 del ED.

¹² Página 23 Archivo 15 del ED.

2005 y poco tiempo después, se trasladaron a la vivienda de la madre del *de cujus*, en donde convivieron hasta la fecha del fallecimiento del causante.

Versión que se contradice con lo manifestado por la madre del causante, la señora Olga Yaneth Tautiva Barriga, pues nótese que esta testigo afirmó que el causante convivió con ella hasta el fallecimiento, acotando que estuvo distanciado unos meses en el 2004 o 2003, pues se fue a vivir con la demandante al barrio Yomasa, insistiendo en que fueron unos meses, luego se casaron y se trasladaron para su vivienda en donde continuó la convivencia, lo cual ocurrió en el 2005; aunado a ello, adujo que a la data del deceso de su hijo la demandante ya no convivía con él, pues estaban separados hacía algunos meses. Acotó que no sabía de la relación de su hijo con otra mujer y que se enteró del nacimiento de su segunda nieta después de su fallecimiento (24:31-35:33 archivo 23 del ED).

Tal versión, a su vez, es contradictoria con lo manifestado por los señores María Frígida Reyes Rodríguez, Samuel León Agudelo y Fabio León Reyes, quienes al unísono indicaron que el causante durante sus últimos 3 años de vida sostuvo un noviazgo con Sandra Milena León, hija de los dos primeros declarantes, resaltando que la señorita en mención visitaba constantemente al fallecido en su casa, en la cual convivía con su madre, el esposo de esta y sus hermanos; que además, el causante visitaba frecuentemente a la señorita Sandra León en su lugar de residencia y que durante ese tiempo él no tenía esposa, pues había comentado que ella lo había abandonado por causa de otro hombre, lo cual fue confirmado por la madre del causante, quien al ser visitada por los testigos, les comentó que este ya no tenía esposa. Finalmente, señalaron que de esa relación nació una hija llamada Eliana Katherín Hernández, después del fallecimiento del señor Edison Mauricio (Min. 47:28 – 01:36:59 del archivo 14 del ED).

En efecto, analizados los medios de prueba que obran en el plenario bajo las reglas de la sana crítica, resultan protuberantes las contradicciones que existen en las versiones de los diferentes testigos entre sí y de cara a lo manifestado por la actora en su interrogatorio, así como con lo plasmado en las declaraciones extra juicio valoradas, situación que de contera impide que la Sala pueda dar por demostrado que la señora MARTHA LUCÍA MURCIA QUINTERO convivió con el señor Edison Mauricio Hernández Tautiva (Q.E.P.D.) por lo menos 5 años en cualquier tiempo, ya que no existe en el cartapacio un elemento de

juicio que en realidad dé cuenta de dicha convivencia por el lapso exigido por la norma aplicable.

Hay que resaltar que no es posible, como lo pretende la recurrente activa, que se le otorgue mayor peso probatorio a lo manifestado por los testigos de la parte actora, porque si bien de sus dichos se puede extraer que existió una convivencia entre la demandante y el causante desde el año 2003 hasta el deceso, lo cierto es que tal versión se contradice abiertamente con lo manifestado por la señora Olga Yaneth Tautiva, quien era muy cercana al señor Mauricio Hernández Tautiva por su condición de madre, pues su declaración evidenció una convivencia de la pareja en mención desde el año 2004 y hasta unos meses antes de la muerte del *de cujus*, es decir, hasta el año 2008, interregno que en aproximación no permite advertir una convivencia de 5 años.

En criterio de este Cuerpo Colegiado, si bien de las declaraciones extrajuicio y las recibidas dentro del proceso se podría tener por demostrado que en efecto existió una convivencia entre la actora y el causante, son las imprecisiones y las contradicciones de estas las que impiden que se le dé plena credibilidad a los deponentes en relación con el lapso en que estuvo vigente dicha convivencia y, en consecuencia, no es posible tener por demostrado el requisito mínimo de cinco años exigido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, siendo esa la carga probatoria que debía cumplir la promotora de la acción.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia habrá de ser confirmada, lo cual necesariamente implica que la condena en costas de primer grado se encuentre acertada, por no salir adelante las pretensiones de la demanda. En punto a la condena impuesta al extremo pasivo frente a las menores vinculadas, no se hará pronunciamiento alguno por no ser materia de apelación. Costas en esta instancia a cargo de la parte DEMANDANTE. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago y a favor de Colfondos.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte DEMANDANTE. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un 1 SMMLV al momento de su pago y a favor de Colfondos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-021-2016-00589-01
DEMANDANTE:	LOS HEREDEROS DETERMINADOS LUDDIS LILIÁN OROZCO PACHECO, ELIA CECILIA OROZCO PACHECO, JUAN LUIS OROZCO PACHECO Y JAIME JOSÉ OROZCO PACHECO, como sucesores procesales de JAIME OROZCO MOJICA (Q.E.P.D.) y SUS HEREDEROS INDETERMINADOS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 18 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Intereses moratorios
DECISIÓN:	

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LOS HEREDEROS DETERMINADOS LUDDIS LILIAN OROZCO PACHECO, ELIA CECILIA OROZCO PACHECO, JUAN LUIS OROZCO PACHECO y JAIME JOSÉ OROZCO PACHECO**,

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

como sucesores procesales de JAIME OROZCO MOJICA (Q.E.P.D.) Y SUS HEREDEROS INDETERMINADOS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES con radicado No. 11001-31-05-021-2016-00589-01.

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

DEMANDA¹

El fallecido JAIME JOSÉ OROZCO MOJICA a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1933, por la demora en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 24 de octubre de 2013, elevó solicitud de pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su esposa Luddis Cecilia Pacheco de Orozco, que ante el silencio de la administradora radicó nuevamente escrito de fecha 11 de marzo de 2014, y reiteró el estudio de la referida prestación.

Agregó, que Colpensiones reconoció una pensión de sobrevivientes mediante Resolución GNR 61824 del 3 de marzo de 2015, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Luddis Cecilia Pacheco de Orozco, a partir del 27 de agosto de 2011 en cuantía de un SMLMV. Que interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, en donde solicita que la pensión sea reconocida a partir del mes de octubre de 2010, en virtud a que la primera solicitud se realizó en el mes de octubre de 2013.

Señaló que Colpensiones resolvió el recurso de reposición mediante Resolución GNR 2500137 del 18 de agosto de 2015, en la que dispuso que la pensión de sobrevivientes es a partir del mes de octubre de 2010, reconociendo como primera fecha de reclamación el 24 de octubre de 2013 y

¹ Folios 1 a 7 archivo 001 del expediente digital.

concediendo un retroactivo pensional en la suma de \$5.770.332, en la misma Resolución negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la tardanza de 22 meses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que mediante la Resolución del 3 de marzo de 2015, le reconoció pensión de sobrevivientes al actor con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, que en respuesta a la solicitud pensional radicada el 27 de agosto de 2014, dicha prestación fue reconocida a partir del 27 de agosto de 2011, en razón a que operó el fenómeno de la prescripción; y que en dicha Resolución se reconoció un retroactivo por valor de \$25.876.501, que el extinto accionante presentó recurso de reposición en cuanto a la fecha de efectividad, siendo resuelto mediante Resolución del 18 de agosto de 2015 y se cambió la fecha de efectividad a partir del 24 de octubre de 2010, por tanto la pensión concedida se encuentra debidamente liquidada y pagada acorde a lo establecido por la Ley.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia del cobro de intereses e indexación, buena fe, prescripción, y genérica.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante providencia del 10 de junio de 2019, el juzgado de origen requirió a los señores Luddis Orozco Pacheco, Elia Cecilia Orozco, Juan

² Folios 45-51 del archivo 01 del expediente digital.

Orozco Pacheco y Jaime José Orozco Pacheco, para que acreditarán la calidad de herederos y ordenó la vinculación de los herederos indeterminados.

A través de Auto del 14 de diciembre de 2020, se tuvo por sucesores procesales a los referidos herederos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del C.G.P., y mediante providencia del 26 de agosto de 2022, se designó Curador de los herederos indeterminados del señor Orozco Mejía.

Los herederos indeterminados a través de Curadora ad litem, manifestó que no se opone ni se allana a las pretensiones de la demanda, frente a los hechos indicó desconocerlos. Formuló las excepciones de mérito que denominó; no es válida la confesión efectuada por el Curador ad litem y genérica. (Archivo 011 del ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de julio de 2023, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a los sucesores procesales de JAIME OROZCO MOJICA (Q.E.P.D.) y herederos indeterminados los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 24 de diciembre de 2013 hasta el 28 de febrero de 2015 y desde el 24 de diciembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2015, sobre todas y cada una de las mesadas reconocidas en la Resolución GNR 61824 del 03 de marzo de 2015 y GNR 250137 del 18 de agosto de 2015, negó las demás pretensiones de la demanda y gravó en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión, inició la *A quo* haciendo un relato de los hechos de la demanda junto con sus pretensiones y la respectiva contestación por parte de la AFP. Adujo, que el problema jurídico es determinar si la demandada debe cancelar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la demora en el reconocimiento entre enero de 2014 a septiembre de 2015. Explicó, que no es objeto de controversia que al extinto demandante la pasiva le reconoció una pensión de

sobrevivientes mediante Resolución GNR 61824 del 3 de marzo de 2015, con ocasión del fallecimiento de Luddis Cecilia Pacheco de Orozco, a partir del 27 de agosto de 2011 en cuantía de un SMLMV. Luego la AFP demandada mediante Resolución GNR 2500137 del 18 de agosto de 2015, dispuso reliquidar el pago de la pensión de sobrevivientes manteniendo la cuantía pero señalando que su disfrute es a partir del 24 de octubre de 2010.

Consideró, la Juez de instancia, que a partir del 24 octubre de 2013, la entidad demandada contaba con 2 meses para reconocer la prestación de sobrevivientes, esto es, hasta el 24 de diciembre de 2013, sin embargo, esta fue reconocida desde el “27 de agosto de 2011” mediante acto administrativo GNR 61824 del 3 de marzo de 2015, después de vencido el término en mención, incurriendo en una mora de 14 meses y 13 días, de suerte que proceden los intereses moratorios reclamados desde el 24 de diciembre de 2013 hasta el 28 de febrero de 2015, dado que el extinto actor fue incluido en nómina en marzo de esta última anualidad, para un total de \$6.729.054.

Señaló, que no se puede pasar por alto que con ocasión al recurso de reposición incoado contra la mentada Resolución de reconocimiento pensional, la pasiva expidió la Resolución GNR 250137 del 18 de agosto de 2015, que modificó la fecha de disfrute a partir del 24 de octubre de 2010 y no del 27 de agosto de 2011, siendo procedente el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados desde el 24 de diciembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2015, sobre las mesadas reconocidas en la Resolución GNR 250137 del 18 de agosto de 2015; los cuales ascienden a \$2.755.132.

Agregó que, conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, los intereses moratorios son procedentes cuando la administradora de pensiones no realizó el reconocimiento pensional en debida forma y omitió el pago que por derecho le corresponde a la activa. Concluyó indicando que no se encuentra demostrada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** formuló recurso de apelación, argumentando no estar conforme con la condena atribuida con base al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adujo que la Administradora resolvió de fondo la petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, mediante Resolución GNR 61824 del 3 de marzo de 2015.

Que en el caso afirmativo de confirmar la condena por intereses moratorios se revise las liquidaciones efectuadas por la Juzgadora. Por último, no ésta de acuerdo con la imposición de costas de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si **JAIME OROZCO MEJÍA** es beneficiario de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En caso

afirmativo, si procede la condena en costas a Colpensiones impuesta por la Juez de instancia.

STATUS DE PENSIONADO FALLECIDO OROZCO MEJÍA.

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, se colige que al fallecido Jaime José Orozco Mejía le fue reconocida pensión de sobrevivientes mediante Resolución GNR 61824 del 3 de marzo del 2015, a partir del 27 de agosto de 2011 y en cuantía inicial de \$644.350, en aplicación a lo estatuido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, de igual forma, se acreditó que el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes desde el 24 de octubre de 2013, con petición bajo radicado No. 2013-7671289. Así mismo, se acreditó que el señor Orozco Mejía mediante recurso de reposición y apelación solicitó que el disfrute de la prestación es a partir del 24 de octubre de 2010, siendo así reconocido por la administradora de pensiones mediante Resolución 250137 del 18 de agosto de 2015, ordenando un pago de retroactivo por valor de \$5.770.332.

INTERESES DE MORA – ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

Esta norma consagra: «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 moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago».

Los anteriores réditos operan por el simple retardo de la administradora de pensiones en el reconocimiento de la prestación, de suerte que es impertinente ocuparse de analizar la conducta de la entidad de seguridad social al no depender de la buena o mala fe del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas (CSJ SL331-2023); no obstante, no debe pasarse

por alto que existen situaciones que exoneran de su imposición, siempre y cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales

Sobre el particular, si se reclaman los intereses de mora por tardanza en el pago de la pensión, los mismos se estructurarán atendiendo el *petitum* que se eleve sobre este puntual aspecto y hasta la data en que se reconoció la pensión, entendida como la fecha de inclusión en nómina e inicio de pago.

De suerte que, fluye diáfano de las manifestaciones inmersas por la *A quo*, así como los reclamos elevados desde el libelo inicial, que el *sub lite* se centra en la sanción por la dilación irrazonable de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, razón por la cual, en este sentido se circunscribirá esta segunda instancia.

En claro lo precedente, los intereses moratorios de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003 se causan una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, conforme al término que concede el artículo 1 de la Ley 717 de 2001 a las entidades de seguridad social, que a la letra reseña « *El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho* ». Criterio reiterado en la sentencia SL4309-2022.

Supuestos fácticos que en el *examine* se evidencian cumplidos, pues es diáfano que la prestación pensional fue reclamada por Jaime José Orozco Mojica desde el 24 de octubre de 2013, tal como lo fuere aceptado por la administradora en la Resolución GNR250137 del 18 de agosto de 2015, sin embargo, aquélla fue reconocida solo hasta la Resolución GNR 61824 del 3 de marzo de 2015, con inclusión en nómina a partir del mes de marzo del referido año.

De tal manera que resulta evidente que se ha incurrido en mora por parte del extremo pasivo en el referido reconocimiento, como quiera que desde el 24 de octubre de 2013, el fallecido demandante solicitó ante la entidad el reconocimiento de la pensión y por lo tanto el pago de las mesadas adeudadas, lo que deja entrever una conducta omisiva e irresponsable de la llamada a juicio, pues es bien sabido que tratándose de derechos pensionales estos deben observarse con la mayor pulcritud y responsabilidad, más aún cuando la mora de Colpensiones para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes no se funda en ningún argumento válido.

Así, tratándose de una entidad oficial de seguridad social, y siendo esta un servicio público de carácter obligatorio (Art. 48 de la Constitución Política de Colombia), tiene la obligación en sus actuaciones administrativas, de desarrollarlas especialmente con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía procesal y celeridad como lo ordena el art. 3 del C.P.A.C.A. sobre la forma como deben actuar las entidades del Estado en la prestación de los servicios públicos y, en respeto y observancia de los artículos 13 y 46 de la Constitución Política de Colombia.

En el asunto jurisdiccional, se tiene por tanto que los intereses moratorios se han generado sobre las mesadas que se han causado a favor de la convocante, los cuales corren desde el 24 de diciembre de 2013 (2 meses después de la reclamación) y hasta el 3 de marzo de 2015, intereses que corren por las mesadas pensionales reconocidas a partir del 27 de agosto de 2011 hasta marzo de 2015.

Ahora bien, como con acierto lo consideró la *A quo*, la demandada reconoció haberse equivocado en fijar que la fecha de disfrute era a partir del 27 de agosto de 2011, pues no se desconoció la reclamación elevada por el demandante el 24 de octubre de 2013, como consecuente de lo anterior profirió la Resolución GNR 250137 del 18 de agosto de 2015, para modificar

la Resolución 61824 del 3 de marzo de 2015, y señaló como fecha de disfrute desde del 24 de octubre de 2010. En consecuencia, hay lugar al pago de intereses moratorios sobre las mesadas reconocidas en la Resolución GNR 250137 del 18 de agosto de 2015.

Frente al punto de inconformidad de la demandada, procede esta Sala nuevamente a realizar la respectiva liquidación:

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		01/04/2015
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
desde 27-08-2011 a 30-08-2011	01/09/11	01/04/15	1309	29,06%	0,0699%	\$ 71.413,33	\$ 65.358,00
sep-11	01/10/11	01/04/15	1279	29,06%	0,0699%	\$ 535.600,00	\$ 478.953,00
oct-11	01/11/11	01/04/15	1248	29,06%	0,0699%	\$ 535.600,00	\$ 467.344,00
nov-11	01/12/11	01/04/15	1218	29,06%	0,0699%	\$ 535.600,00	\$ 456.110,00
dic-11	01/01/12	01/04/15	1187	29,06%	0,0699%	\$ 1.071.200,00	\$ 889.002,00
ene-12	01/02/12	01/04/15	1156	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 458.029,00
feb-12	01/03/12	01/04/15	1127	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 446.538,00
mar-12	01/04/12	01/04/15	1096	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 434.256,00
abr-12	01/05/12	01/04/15	1066	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 422.369,00
may-12	01/06/12	01/04/15	1035	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 410.086,00
jun-12	01/07/12	01/04/15	1005	29,06%	0,0699%	\$ 1.133.400,00	\$ 796.399,00
jul-12	01/08/12	01/04/15	974	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 385.917,00
ago-12	01/09/12	01/04/15	943	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 373.634,00
sep-12	01/10/12	01/04/15	913	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 361.748,00
oct-12	01/11/12	01/04/15	882	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 349.465,00
nov-12	01/12/12	01/04/15	852	29,06%	0,0699%	\$ 566.700,00	\$ 337.578,00
dic-12	01/01/13	01/04/15	821	29,06%	0,0699%	\$ 1.133.400,00	\$ 650.591,00
ene-13	01/02/13	01/04/15	790	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 325.606,00
feb-13	01/03/13	01/04/15	762	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 314.066,00
mar-13	01/04/13	01/04/15	731	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 301.289,00
abr-13	01/05/13	01/04/15	701	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 288.924,00
may-13	01/06/13	01/04/15	670	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 276.147,00
jun-13	01/07/13	01/04/15	640	29,06%	0,0699%	\$ 1.179.000,00	\$ 527.564,00
jul-13	01/08/13	01/04/15	609	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 251.005,00
ago-13	01/09/13	01/04/15	578	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 238.228,00
sep-13	01/10/13	01/04/15	548	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 225.863,00
oct-13	01/11/13	01/04/15	517	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 213.087,00
nov-13	01/12/13	01/04/15	487	29,06%	0,0699%	\$ 589.500,00	\$ 200.722,00
dic-13	01/01/14	01/04/15	456	29,06%	0,0699%	\$ 1.179.000,00	\$ 375.890,00
ene-14	01/02/14	01/04/15	425	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 183.042,00
feb-14	01/03/14	01/04/15	397	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 170.983,00
mar-14	01/04/14	01/04/15	366	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 157.632,00
abr-14	01/05/14	01/04/15	336	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 144.711,00
may-14	01/06/14	01/04/15	305	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 131.360,00
jun-14	01/07/14	01/04/15	275	29,06%	0,0699%	\$ 1.232.000,00	\$ 236.878,00
jul-14	01/08/14	01/04/15	244	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 105.088,00
ago-14	01/09/14	01/04/15	213	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 91.736,00
sep-14	01/10/14	01/04/15	183	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 78.816,00
oct-14	01/11/14	01/04/15	152	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 65.465,00
nov-14	01/12/14	01/04/15	122	29,06%	0,0699%	\$ 616.000,00	\$ 52.544,00
dic-14	01/01/15	01/04/15	91	29,06%	0,0699%	\$ 1.232.000,00	\$ 78.385,00
ene-15	01/02/15	01/04/15	60	29,06%	0,0699%	\$ 644.350,00	\$ 27.031,00
feb-15	01/03/15	01/04/15	32	29,06%	0,0699%	\$ 644.350,00	\$ 14.416,00
Total intereses moratorios							\$ 12.859.855,00

Conforme a la anterior se advierte que la suma liquidada es superior a la otorgada por la Juzgadora de primera instancia, debiéndose mantener la condena impartida para no ser más gravosa la situación del apelante único.

Finalmente, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esta AFP del RPM durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en el recurso de apelación. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Puestas, así las cosas, se confirmará la decisión de instancia, pero por las razones expuestas anteriormente. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, dado el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

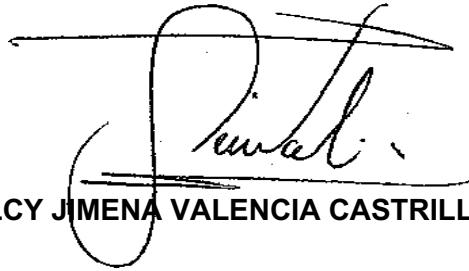
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, dado el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

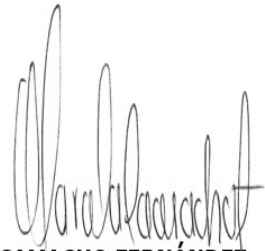
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-023-2022-00272-01
DEMANDANTE:	NOHORA TAUTIVA BELLO.
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 29 de junio de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 29 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **NOHORA TAUTIVA BELLO** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-023-2022-00272-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de COLFONDOS SA. y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 26 de septiembre de 1963, que se afilio al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el mes de marzo de 1985 hasta el 12 de diciembre de 2000. Que en la última data se trasladó a Colfondos S.A., afiliación que se dio con omisión del deber de información, que no recibió, al momento del traslado de régimen, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que el 8 de junio de 2022, elevo derecho de petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Adujo, que la información fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, se informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería

¹ Fs. 1-14 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 2-20 Archivo 010 Expediente Digital

determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y una vez la misma fuera solicitada ante la AFP COLFONDOS S.A, pues la misma se calcula a partir de tres variables: La edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión; el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si hay lugar a él; y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible tener a la accionante como afiliada al RPM, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y la vinculación al RPM junto con el número de semanas cotizadas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

³ Fs. 2-17 Archivo 009 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 29 de junio de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante a COLFONDOS S.A, en consecuencia, declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, y condenó a la AFP privada a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, 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, 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 su causación hasta la fecha efectiva de su pago, con recursos propios, ordenó a Colpensiones a recibir a la actora en el RPM, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual, y gravo en costas a Colfondos S.A.

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

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, inconforme con la totalidad de la sentencia, señaló que a la demandante se le brindó suficiente información acerca del RAIS y las consecuencias de su traslado, que permaneció en dicho régimen por más de veinte años, lo que significa que pudo devolverse en cualquier tiempo antes de la prohibición de los diez años. Indicó, que la carga probatoria de demostrar esa falta de información recae en la parte actora y solamente se invertirá esa carga

cuando se haya vulnerado alguna expectativa legítima al momento de efectuar su traslado al RAIS.

Refirió, que la decisión de traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera contenido del artículo 48 de la Constitución Política, pues al recibir a la actora se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social y así mismo se estaría dejando en desventaja a las personas que si han permanecido en el RPM.

La demandada **COLFONDOS S.A.** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria conforme a lo requerido por la normatividad vigente para la época y que en consecuencia se entregaron a la demandante elementos objetivos para efectuar el traslado, sin que hiciera una doble asesoría para el momento, por lo que el traslado tenía plena validez; razón por la que solicita se revoque la decisión. Además, manifiesta que la demandante es una persona capaz que contaba con la capacidad de analizar los argumentos manifestados por los asesores a fin de determinar si le convenía o no el traslado. Adujo, que conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1994, señala que el formulario de afiliación es válido por cuanto cumplió con las exigencias legales para tal fin.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por NOHORA

TAUTIVA BELLO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de**

consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
(Subraya la Sala).

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los**

derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...) (Sentencia SL2817-2019).

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

Así mismo, la solicitud de vinculación a **COLFONDOS S.A.** de fecha 12 de diciembre del año 2000 con fecha de efectividad a partir del 1 de febrero de 2001, (fs. 22-23 Archivo 0010 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS** del que no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a **COLFONDOS S.A.** en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en indicar que para el año 2000, laboraba en el centro zonal de voz, que fue organizada una charla a varios compañeros por espacio de diez minutos, en el que le explicaron que debían trasladarse a la AFP privada porque el ISS iba a desaparecer, que uno de los argumentos para traslado es que los asesores le prometieron que se pensionarían con una edad inferior en el régimen de prima media. Manifestó, que nunca le informaron cómo se financiaba la pensión en el RAIS, las características de cada régimen ni mucho menos le realizaron una proyección de su mesada pensional. (Min. 9:00-25:40 archivo de audio y video 019 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración_ que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas

sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)"

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar **COLFONDOS S.A.** trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto

legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] *más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

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

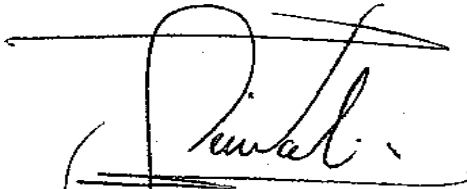
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

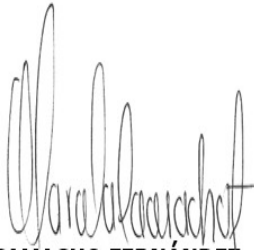
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	110013105024-2020-00162-01
DEMANDANTE:	KAREN LIZETH SÁNCHEZ QUINTERO.
DEMANDADO:	ANCESTROS S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 16 de marzo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá.
TEMA:	Contrato de trabajo.
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por ambas partes en contra de la sentencia del 16 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **KAREN LIZETH SÁNCHEZ QUINTERO** contra **ANCESTROS S.A.S** con radicado No. **110013105024-2020-00162-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que con la sociedad ANCESTROS S.A. celebró un contrato de trabajo desde el 15 de abril de 2017 al 6 de abril de 2018. Como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, a la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo por no pago de salarios y prestaciones, que se falle extra y ultra petita aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, la actora manifestó que el 15 de abril de 2017, fue vinculada a la pasiva para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería, que la labor ejecutada consistía en la administración de medicamentos, asistencia de alimentación a pacientes, toma de signos vitales a pacientes, entre otras. Que prestó el servicio seis días a la semana en diferentes turnos entre doce y catorce horas. Que la remuneración promedio percibida durante la vigencia de la relación laboral fue en promedio de un salario mínimo legal mensual vigente

Indicó, que no podía ausentarse de su puesto de trabajo dentro de la jornada laboral, y sí lo hacía debía pedir permiso a las enfermeras jefe, agregó que debía registrar su hora de entrada y salida, que recibía órdenes para efectos de cumplimiento de sus funciones. Señaló, que a la finalización del contrato la pasiva no efectuó el respectivo pago de prestaciones sociales y vacaciones durante el periodo correspondiente al 15 de abril de 2017 al 6 de abril de 2018.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

ANCESTROS S.A.S² con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, argumentó que la vinculación de la señora demandante con la sociedad era de carácter civil, pues tenía autonomía plena para elegir el número de horas a prestar el servicio, la cantidad y días a la semana. Frente a los hechos

Pginas 1 a 12 archivo 003 del expediente digital.

²Páginas 1 a 12 archivo 10 expediente digital.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

aceptó que cancelaba la remuneración pactada a la cuenta de ahorros de la actora, que la ejecución del contrato se dio de manera ininterrumpida y que prestaba sus servicios de manera personal.

Formulo la excepción de inexistencia de la relación laboral, defraudación de la buena fe, cobro de lo no debido e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 16 de marzo de 2003, declaró que entre Karen Lizeth Sánchez Quintero y la demandada ANCESTRO S.A.S, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de abril de 2017 al 6 de abril de 2018, siendo su último salario la suma de \$1.090.000, Condenó a la demandada a pagar prestaciones sociales y vacaciones, absolvió a la demandada de las demás pretensiones y la gravó en costas.

Como fundamento de su decisión, inició por señalar que el tópico litigioso giraba en torno a establecer la existencia de un contrato de trabajo por los tiempos decantados en el escrito inaugural y en caso positivo la procedencia de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones. Explicó que el artículo 24 del C.S.T contiene una presunción legal a efecto de la acreditación de la relación laboral, que consiste que una vez probada la prestación personal del demandante a favor de la demandada y su carácter remunerado, se presume que dicha relación se encuentra regida por un contrato laboral; correspondiéndole a la parte demandada, esto es al empleador, acreditar que dicha prestación de servicios acaeció bajo los apremios de una relación netamente civil y no laboral.

Estimó que la demandada al dar contestación a la demanda aceptó la prestación del servicio, ratificado con la confesión de la representante legal al absolver el interrogatorio de parte. Que al estar demostrado la prestación del servicio se traslada la carga de la prueba a la sociedad, quien debe demostrar que ese servicio lo prestó de manera autónoma e independiente. Sin embargo, según las pruebas documentales y testimoniales recaudadas la actora debía

estar sometida a órdenes por parte de la enfermera jefe y de la representante legal de la sociedad, que la ejecución la realizaba de manera personal y permanente, sin que se pueda inferir que realizaba su labor de manera autónoma. Adujo que por el hecho de que la remuneración se efectuará por unidad de tiempo no es suficiente para desvirtuar el elemento subordinante que caracterizo la relación suscita entre las partes. Por tanto, declaró la existencia del contrato de trabajo en los tiempos señalados en la demanda y aceptados por la pasiva.

Que declarada la existencia de un contrato a término indefinido tuvo por demostrado el salario acordado en el contrato de prestación de servicios, esto es, cinco mil pesos la hora, y que según las cuentas de cobro se advirtió que la actora devengó los siguientes salarios; por el mes de mayo de 2017 \$943.000, julio \$907.000, agosto \$301.000, septiembre \$260.000, octubre \$975.000, noviembre \$1.042.000, diciembre \$1.173.000, a partir de enero 2018, la suma de \$1.504.000, febrero \$1.481.000 marzo \$1.024.000. Manifestó que las prestaciones sociales y vacaciones se encuentran insolutas. Por lo tanto, ordenó al pago de las mismas. Frente al pago de la indemnización prevista en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la sanción de que trata el artículo 65 del C.S.T, absolvió a la demandada bajo el argumento que su actuar estuvo revistado de buena fe, pues entendió de manera errónea que la vinculación de las auxiliares bajo la modalidad de turnos se encontraba ajustado a derecho, infalibilidad desprovista de dolo.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** interpuso recurso de alzada en contra de la integralidad de la sentencia, insiste que, si bien admitió la prestación del servicio de la actora a favor de la sociedad, tal aceptación es con el único fin de desvirtuar el elemento subordinante característico de la relación laboral. Aduce, que, con las pruebas documentales aportadas, en especial las cuentas de cobro, se evidencia que la actora se remuneraba de conformidad a las horas trabajadas y que debía presentar los aportes de seguridad social para recibir sus honorarios. Agregó, que no existieron órdenes por parte de la sociedad sino unas directrices emanadas por los médicos tratantes de las personas de tercera edad quienes

acudían a ANCESTROS S.A.S. Por último, no se probó el cumplimiento de una jornada laboral por parte de la actora.

La parte **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, alega que según las pruebas recaudadas como las cuentas de cobro y los interrogatorios de parte absueltos se debe dar por demostrado que el salario realmente devengado por la actora era el salario mínimo mensual vigente para cada anualidad, esto es, por los años 2017 y 2018. Como soporte de lo anterior citó la sentencia SL 3009-2017. Otro punto de discordia, es la absolución a la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, considera que contrario a lo concluido por la juzgadora no se evidenció un actuar de buena fe por parte de la sociedad demandada, al disfrazar una verdadera relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios de orden civil, pues las ordenes, directrices y cumplimiento de horario deja entre ver la configuración del elemento subordinante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer si el nexo contractual del demandante con la encartada lo fue a través de un verdadero contrato de trabajo o si obedeció a la prestación autónoma e independiente de un servicio personal, como lo afirma la recurrente en su alzada. En caso de confirmarse la declaratoria del contrato de trabajo, abordará la Sala si es procedente declarar que el salario devengado correspondía al salario

mínimo mensual vigente y sí es procedente el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

CONSIDERACIONES

El artículo 53 de la Constitución Política, que consagra el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*. Formulación protectora del trabajador que, en esencia, hace prevalecer siempre los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Dicho de otra manera: interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

Este principio encuentra complemento en el artículo 24 del CST que reza: *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*. Significa esto, que probada la prestación personal del servicio se tiene por cierta la existencia del contrato de trabajo. Presunción legal que admite prueba en contrario, esto es, que se desvirtúe la continuada subordinación o dependencia del trabajador y/o el carácter remunerado del servicio. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia de enero 25 de 2017 radicación 48890.

Así, es al demandante a quien le corresponde hacer ese primer esfuerzo de aportar todas aquellas pruebas necesarias para demostrar las afirmaciones plasmadas en sus hechos y que den cuenta de la prestación personal del servicio y de los extremos temporales. Una vez establecido lo anterior, se invierte la carga, correspondiéndole a la demandada, derribar dicha presunción.

Como se reseñó, no fue objeto de discusión lo atinente a la prestación personal del servicio del actor en la medida en que, la pasiva desde la contestación de la demanda acepta que la actora estuvo vinculada como auxiliar de enfermería en los extremos referidos en el escrito inaugural. (Hecho primero y pretensión primera del archivo 06 del expediente digital). En tal sentido, viable resulta en principio dar cabida al contenido del citado artículo 24 en cuanto presume la existencia del contrato entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe.

Conjetura que no resulta desvirtuada por la convocada a juicio, quien se limitó a asegurar en la alzada que el vínculo que verdaderamente la unió a la protagonista procesal fue excepcional e independiente, cuando es otra realidad la que emana del estudio del acervo probatorio en su conjunto.

En efecto, se cuenta con el testimonio de **Lizeth Riaño**, originaria de Puente Nacional (Santander), de profesión auxiliar de enfermería y odontología, que conoce a la demandante porque laboraron juntas en Ancestros S.A.S, ubicado en el barrio de Modelia (Bogotá), durante el periodo de agosto de 2017 a de abril de 2018, que debía tomar signos vitales a los abuelitos, entrega de medicamentos y demás servicios de cuidado, que por la prestación del servicio le pagaban por turno realizado un aproximado de \$58.000. Que la señora Lisbeth era la encargada de programar los turnos al mes, que esta última le daba órdenes, le entregaba la planilla que debía firmar junto con las indicaciones para cada paciente. Señaló, que se debía pedir permiso a la señora Lisbeth para autorizar las ausencias. Que la demandante estaba “fija” en el día, al cuestionarse que se refería por estar fija, señaló que acudía diariamente a cubrir los turnos diarios.

Refirió, que todos los días los pacientes debían trasladarse de una sede a la principal, debiendo estar pendiente del cuidado y traslado de cada uno de los pacientes, que no recibían pagos de prestaciones ni tampoco disfrutaron de vacaciones. Por último, que todos los implementos, medicamentos e insumos eran suministrados por la demandada. A la pregunta si conocía si la actora laboraba horas extras, recargos y demás trabajo suplementario, respondió que no. (conteo de audio 20: 05- 45:45)

La segunda deponente **Yina Paola Bertel García**, auxiliar de enfermería y con estudios de ingeniería, manifestó que conoce a la demandante porque laboraron juntas a favor de la pasiva. Que la actora pertenecía al grupo de día el cual acudía de forma habitual a prestar sus servicios como enfermera, que el horario que cumplía la actora era de siete de la mañana a siete de la noche, que la señora Lisbeth (representante legal) impartía órdenes a todas las auxiliares, indicándole como debía tomar las notas médicas de cada paciente, los medicamentos a suministrar, que la jefe Lisbeth llegaba media hora antes solo

para supervisar quien llegaba tarde, que da fe que la actora en varias ocasiones llegó tarde recibiendo llamados de atención por parte de la jefe. Adujo, que si no asistían no le eran cancelados los turnos por parte de la demandada. Señaló, que en varias ocasiones la señora Lisbeth le manifestó a la señora Karen Lizeth que la sancionaría por su constante retraso a la hora de entrada.

Refirió, que las funciones que realizaban consistían en “pañaleo”, baños en ducha, toma de signos vitales, suministración de medicamentos con prescripción médica, que las medicinas, insumos y demás elementos eran suministrados por la sociedad Ancestros S.A.S.

Manifestó que la forma de pago era mensual recibiendo un aproximado de \$1.200.000 y \$1.2500.000, conforme a los turnos realizados. Que por cada turno realizado firmaban un control de asistencia y la sociedad contaba con cámaras para la supervisión de sus funciones. Agregó, que no podían delegar sus funciones a un tercero, porque al momento de ingresar, cada auxiliar recibió tres días de inducción no remunerado, por tanto, no podría decirle a otra auxiliar externar que la reemplazara. Por último, que debían presentar el pago de Seguridad Social sino le retenían el sueldo. (*Conteo de audio 46:05 a 1:1620*).

La representante legal de la demandada, la señora **Lizbeth Vargas**, corroboró que las auxiliares de enfermería debían registrar su hora de entrada y salida. Manifestó, que la coordinadora de la institución establecía los turnos de cada auxiliar para presentarse en el hogar geriátrico. Que en efecto dependiendo de cada plan de manejo de cada paciente las auxiliares de enfermería cumplían sus funciones de cuidado al adulto mayor. Confesó que las auxiliares no podían delegar su actividad a un tercero, pues solamente las auxiliares vinculadas a Ancestro S.A, podrían ejercer sus funciones. (*Conteo de audio 1:17:01 a 1:33:44*).

De otro lado, la prueba documental está conformada por las siguientes piezas: **i)** Cuenta de cobro presentadas por la demandante junto con los soportes de pago de consignación (archivo 01 y 06 del ED), **ii)** contrato de prestación de servicios de salud profesionales independientes suscrito por la demandante y las demás auxiliares de enfermería con la sociedad demandada (pág. 37-55 archivo 06

del expediente digital); **iii)** copia simple del cuaderno de registro de entrada y de salida de cada una de las auxiliares de enfermería (archivo 017 del ED.).

Del estudio del cúmulo probatorio en conjunto, debe decirse que contrario a la tesis planteada por la convocada a juicio, valga recordar, fundada en la afirmación de celebración con la accionante de un acuerdo abiertamente disímil de la naturaleza de un contrato de trabajo, lo que se infiere diáfananamente es que sí medió un vínculo laboral, como a bien tuvo concluir la operadora judicial primigenio.

De lo anterior, deviene que las probanzas recaudas denotan un cúmulo de indicios que reflejan la continua subordinación de la demandante frente a la sociedad demandada, que cumplió con actividades de cuidado y atención a adulto mayor, suministro de alimentos, atención permanente, baños, traslado, los respectivos reportes de enfermería y demás funciones afines a su cargo. Aunado que de las pruebas testimoniales recaudadas se evidenció que la actora debía estar sujeta al cumplimiento de un horario de siete (7:00 am) de la mañana a siete (7:00 pm) de la noche usualmente, que recibía llamados de atención por retrasos en su hora de entrada y que la representante legal le impartía ordenes en la forma en cómo debía realizar su trabajo. Así mismo, se estableció el carácter de *intuitu personae* del contrato, en atención a la indelegabilidad en un tercero de sus funciones; ello aunado a la potísima razón de que el demandado no hizo ningún esfuerzo probatorio en orden a derruir la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues solo se atuvo a señalar la vinculación de la actora a través de un contrato de prestación de servicio, los cuales quedaron desvirtuados conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

En ese orden, sin mayor elucubración, palmario deviene declarar, como así lo hizo la *A Quo*, la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre la demandada y Karen Lizeth Sánchez Quintero, gestada a término indefinido entre el 15 de abril de 2017 y 6 de abril de 2018, y como tales aspectos -espacios temporales, pago de prestaciones y vacaciones no fueron objeto de descontento por la demandada, se mantendrá incólume la decisión.

En lo atinente al salario que debe tenerse en cuenta para realizar el cálculo de prestaciones sociales al que se condenó y respecto del cual no está conforme el apoderado del demandante en tanto, señala debe tenerse en cuenta el mínimo legal mensual vigente, se pasa a resolver. Tal afirmación es derruida por la confesión espontánea³³ realizada por la propia demandante, quien absolver el interrogatorio de parte manifestó que el salario devengado durante el tiempo que estuvo vinculada con la demandada ascendía a un aproximado mensual entre novecientos mil pesos (\$900.000) y un millón de pesos (\$1.000.000), valor muy superior al salario mínimo legal mensual vigente para los años 2017 y 2018, que correspondían a las sumas de \$737.717 y 781.242 respectivamente. Aunado a lo anterior, la afirmación de la actora guarda estrecha relación con las cuentas de cobro presentadas y posteriormente liquidadas, pues se evidencia que en efecto su salario era superior al SMLMV. En ese sentido, el cargo no prospera.

En punto de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, se encuentra que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que no es de aplicación automática, como quiera que depende del estudio que se haga en cada caso de la conducta del empleador, para determinar si su omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales al finalizar el vínculo contractual, estuvo o no precedida de buena fe, dado que si se demuestra que su conducta omisiva obedece a motivos atendibles o razonables, se debe absolver de la sanción.

De este modo, encuentra esta Sala de Decisión que el análisis de todos los elementos de juicio, permite concluir sin lugar a equívocos que contrario a lo concluido por *la A quo* la actuación del empleador estuvo desprovista de buena fe, pues ni su errado convencimiento de que entre las partes no existía un vínculo de índole laboral, es suficiente para que se dé por sentada la buena fe, aunado que las testigos a unísono señalaron que la actora estaba sujeta al cumplimiento estricto de un horario so pena de repercusiones como llamados de atención y memorandos por parte de la demandada, quien en últimas se sustrajo del reconocimiento de las prestaciones sociales causadas, sin que mediara justificación alguna para ese comportamiento omisivo.

³³ CONTEO DE AUDIO 1:36:56 A 1:45:12
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Así las cosas, se reconocerá la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, sin embargo, y toda vez que la demanda ordinaria laboral se presentó el 6 de julio de 2020 (f. 29), después de los veinticuatro meses posteriores a la terminación del vínculo, que tuvo lugar el 6 de abril de 2018, dicho concepto consistirá únicamente en los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del día siguiente a esa fecha, sobre el valor de **\$1.008.439**, correspondiente a cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios establecidas en precedencia (Sentencia CSJ SL 36577, 6 de mayo de 2010, reiterada en la SL16280-2014 ****si no se inicia reclamación por la vía ordinaria dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, ya no se paga un día de salario por cada día de mora, sino que, desde el primer día de incumplimiento se deben reconocer intereses moratorios, hasta cuando se salde la respectiva deuda en su totalidad****)

En ese orden, la sentencia de primera instancia se adicionará para condenar a la convocada ANCESTROS S.A.S. el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Conforme al artículo 365 del C.G.P aplicable por remisión del 145 del CPTSS, por no salir avante la alzada de la pasiva, se le condenará en costas de esta instancia. Se fijarán como agencias en derecho 1SMLMV a favor del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL SEGUNDO de la Sentencia del 16 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, para **CONDENAR** a la demandada ANCESTROS S.A.S. a pagar a favor de KAREN LIZETH SÁNCHEZ QUINTERO, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia

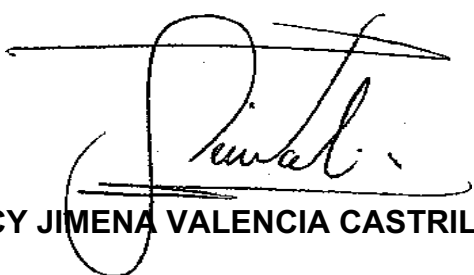
Financiera, a partir del día siguiente al 6 de abril de 2018, sobre el valor de **\$1.008.439**, de conformidad al artículo 65 del C.S.T.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE KAREN LIZETH SÁNCHEZ QUINTERO CONTRA ANCESTROS S.A.S. (RAD. 24-2020-00162-01)

M.P. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Con el debido respeto me permito aclarar el voto, pues aunque había sido criterio de la suscrita magistrada que, la indemnización moratoria en los precisos términos del artículo 65 del CST, procede a razón de un día de salario por cada día de

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

retardo desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, siempre que se haya elevado el libelo demandatorio dentro del término de los 24 meses contados desde la finalización del nexo contractual, lo cierto es que, en virtud de la orden adoptada dentro de la acción de tutela 110010205000202101124001 por parte de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia y confirmada por la Sala de Casación Penal de esta misma corporación en sentencia STL11218-2021 y, en la medida que estas decisiones fueron excluidas de revisión por parte de la Corte Constitucional, acogiendo lo allí dispuesto, se reconsideró desde la sentencia del 31 de julio de 2023 proferida dentro del proceso ordinario con radicado núm. 110013105009-2017-00798-01, la actual postura, para en su lugar y a partir de la citada fecha, acoger el criterio que reina actualmente en la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y que ha adoptado mayoritariamente esta Sala de Decisión Laboral luego de su nueva conformación, en lo que a la forma de liquidación de esta sanción se refiere, esto es que, si a la terminación del contrato ocurre después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, y se interpone la acción dentro de los 24 meses contados a partir de la fecha del finiquito, procede la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24 y a partir del mes 25 se deberán reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y si transcurridos 24 meses el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar intereses moratorios a partir de la misma terminación del vínculo hasta que el pago se verifique, esto en el caso que el asalariado tenga una retribución superior al mínimo, tal y como ha sido reflejado entre otras, en las sentencias SL2966-2018, SL2140-2019 y SL2805-2020.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2022-00042-01
DEMANDANTE:	ALEX FERNANDO LÓPEZ.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 27 de junio de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 27 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ALEX FERNANDO LÓPEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** con radicado No. **11001-31-05-024-2022-00042-01**.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

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

DEMANDA¹

El señor ALEZ FERNANDO LÓPEZ a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS a través de COLFONDOS S.A., como consecuencia de lo anterior se ordene a esta última a trasladar todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, que se ordene a la AFP del RPM a recibirlo como afiliado, sin solución de continuidad, todo lo anterior aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, señala que nació el 3 de septiembre de 1960, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM desde el 24 de agosto de 1982, que el 1 de febrero de 2003 se trasladó al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS S.A. que esta sociedad no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, ya que se omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional. Que, para la fecha en la cual se realizó la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Colfondos S.A., no había implementado programas de capacitación para sus promotores, que contaran con la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, como lo disponía el artículo 15 del Decreto 720 de 1994.

¹ Folios 1-22 archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado realizado por el actor lo fue de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para ese momento se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita el demandante. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las semanas cotizadas según historia laboral allegada.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, genérica, inexistencia del derecho reclamado y prescripción.

COLFONDOS S.A.³

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de

² Folios 1 a 32 archivo PDF archivo 04 del expediente digital.

³ Fs. 2-24 Archivo 005 Expediente Digital

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Frente a los hechos acepto los relativos a la fecha de nacimiento, vinculación al RPM y posterior traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A.

Añadió, que al momento de la afiliación le informó a la demandante la naturaleza propia del RAIS, donde se le informó que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la pensión se construye con el ahorro pensional que acumula el afiliado, así como de las correspondientes rentabilidades arrojadas durante los años en que efectuó sus aportes.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS el 1 de abril de 2003, a través de la AFP COLFONDOS S.A.; como consecuencia, condenó a esta última a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, la totalidad del capital ahorra junto con los rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados y se abstuvo de condenar en costas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** sustenta el recurso de apelación, adujo que el traslado realizado en el año 2003 goza de plena validez, pues para esa época el único requisito era la suscripción del formulario de afiliación y no es dable desconocer que en ese momento no se exigía la proyección de mesadas pensionales en cada régimen a sus afiliados. Añadió, que el actor se encuentra en la prohibición de los diez años previsto en la Ley 100 de 1993.

La demanda **COLFONDOS S.A.** apeló la integralidad de la sentencia bajo el argumento que la asesoría brindada fue completa sobre las características, diferencias y rentabilidad del RAIS. De igual forma, no comparte la decisión de devolución de aportes al fondo de garantía mínima y gastos de administración, bajo el argumento que sobre este porcentaje no hace parte de la cuenta de ahorro individual, pues no están destinados para financiar la pensión sino es una retribución por su buena y adecuada gestión, lo que conllevaría a un enriquecimiento sin causa a Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión

no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ALEX FERNANDO LÓPEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A. junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.**, quien tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS S.A.** el 1 de febrero de 2003 con fecha de efectividad del 1 de abril del mismo año (f. 99 archivo 05 del expediente digital), única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **COLFONDOS S.A.** no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones,

pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues el actor fue claro al manifestar que; para el año 2002 laboraba como almacenistas de la Alcaldía de Puerto Asís (Putumayo), llegó una asesora de Colfondos S..A, quien le señaló que el ISS iba a desaparecer por tanto la única opción era trasladarse al RAIS, que su situación pensional no cambiaría sino las condiciones serían las mismas. Señaló, que para esa época en dicho municipio no existían oficinas de Colpensiones o Colfondos, que luego de enterarse que la AFP Colfondos era privada viajó a Bogotá para trasladarse de régimen de nuevo, sin embargo, le indicaron que ya tenía 52 años y no era posible. Por último, que no le explicaron las características de cada régimen ni otra información adicional sobre la forma de financiación de la pensión de vejez en el RAIS. (Min. 00:15:41-42:09 archivo de audio 08 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor, así como la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron las AFP durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera

producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, y aportes al fondo de garantía mínima, no obstante, no debe pasarse por alto que el Juzgado de Conocimiento omitió hacer referencia expresa a los aportes con destino a los seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72.467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

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

En lo atinente a la prescripción, alegada por las AFP demandadas, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es

imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Se imponen costas a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada una.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 27 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, también reintegrar a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado a seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos.

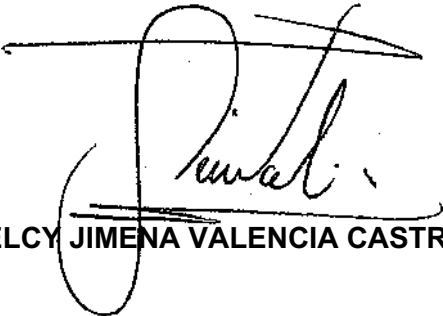
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A. incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente

a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada