



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008202200085-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el nueve (9) de febrero de 2023 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS PORFIRIO DOMINGUEZ TAQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

ANTECEDENTES

LUIS PORFIRIO DOMINGUEZ TAQUEZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la ineficacia de traslado efectuada por el demandante del RPM al RAIS en el mes de febrero de 1999 a través de COLFONDOS por falta de información y consejo, también el traslado horizontal en enero de 2002 con AFP PORVENIR por falta de información, en consecuencia, se ordene a PORVENIR retornar al demandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración hacia el RPM administrado por COLPENSIONES, se ordene a COLPENSIONES recibir en el RPM al demandante y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, aplicación de las facultades ultra y extra petita.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 28 de septiembre de 1964, que el 1 de octubre de 1987 hasta el 28 de febrero de 1997 estuvo afiliado al ISS, que en febrero de 1997 acumulo un total de 207.86 semanas, que para febrero de 1999 los asesores de COLFONDOS visitaron la empresa donde laboraba, sin que se diera la información necesaria y suficiente, que de igual manera sucedió en el año 2002 con la AFP PORVENIR, que el 9 de noviembre de 2021 radico derecho de petición ante PORVENIR, solicitando se declare la ineficacia, dando respuesta el día 29 del mismo mes y año de forma negativa, que el 14 de diciembre de 2021 se radico solicitud de ineficacia ante COLFONDOS, dando respuesta el 28 de diciembre de 2021 sin acceder a lo peticionado y el 9 de noviembre de 2021 solicito la ineficacia ante COLPENSIONES, a lo cual se respondió que no es posible el 18 de noviembre del mismo año. (archivo 02Demanda.pdf)

Contestación de la demanda

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

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (archivo 10ContestacionPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (archivo 07ContestacionColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el nueve (9) de febrero de 2023 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del régimen realizada por el demandante al RAIS acaecida el 11 de febrero de 1999 mediante afiliación a COLFONDOS, condenar a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del demandante, condenar a PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, junto con los rendimientos que se hubieren causado, condenar a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que se devuelva PORVENIR y COLFONDOS que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del demandante, costas a cargos de las demandadas PORVENIR y COLFONDOS.

De los recursos de apelación

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

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva Colfondos S.A., argumentó que la indexación es improcedente, dado que los recursos de la cuenta individual de ahorro y los dineros que allí reposan no se vieron afectados por la inflación por el contrario los mismos generaron rendimientos, máxime, si se tiene en cuenta que la devolución de los dineros se esta ordenando junto con intereses, frutos que fueron obtenidos por la AFP, como consecuencia de la afiliación del demandante, siendo esos rubros excluyentes de la indexación ordenada.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; considera que el traslado es valido que se realizo bajo el postulado del art. 13 de la Ley 100 de 1993 que otorga el derecho a la libre escogencia, que para la época no era una obligación documentar la asesoría del traslado, ni realizar proyecciones o simulaciones pensionales y

muchos menos realizar comparaciones entre uno y otro régimen pensional, fueron obligaciones que nacieron con posterioridad a la vinculación del demandante, ordenar que se allegue otros medios de prueba adicionales al formulario de afiliación es una carga imposible de cumplir, finalmente si lo que se castiga es un perjuicio por la diferencia pensional que se pudiera dar, lo cierto es que debería ser el fondo pensional inicial al que se trasladó el responsable de responder y no trasladar la carga a COLPENSIONES debiendo asumir a un afiliado que no ha contribuido al RPM por más de 20 años, pues, todos los componentes ordenados como traslado o devolución, resultan insuficientes para sufragar una eventual pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de la parte demandante solicita se confirme el fallo, para lo cual manifiesta, que el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, en cuanto a la carga de la prueba que esta recae en la autoridades administrativas, que la ineficacia del traslado de régimen pensional no afecta el principio de sostenibilidad financiera y que las afiliaciones sucesivas en el RAIS, no derivan en una manifestación de querer permanecer en este régimen, por su parte PORVENIR, menciono como razones jurídicas y fácticas la ineficacia del traslado, en el sentido de que los presupuestos legales no se encuentran demostrados en el proceso, del derecho de retracto del cual no se hizo uso, del derecho a la libre escogencia, de la acreditación del deber de información a cargo de PROVENIR de la imposición de cargas probatorias inexistentes, del deber de realizar análisis crítico y en conjunto de las pruebas en cada caso, de la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos, de la línea jurisprudencial de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional, de la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, de la indexación de las condenas impuestas, todo lo anterior, reiterando la solicitud de revocatoria y posterior absolución de la entidad, COLPENSIONES también solicita se absuelva a la entidad, como fundamentos jurídicos y jurisprudenciales menciono, Ley 797 de 2001, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 3800 de 2001, sentencia C-789 del 24 de septiembre de 2002, Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, inciso 4 artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sentencia C 789 de 2002 y artículo 3 del Decreto 3800 de 2001, sentencia C-1024 de 2004, sentencia STC8762 – 2017 M.P. Álvaro Fernando García radicación No. 76001-22-03-000-2017-00209-01, los demás intervinientes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. están obligada a indexar los dineros objeto de devolución. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 9 de noviembre de 2021 y su respuesta el 18 de noviembre del mismo año, donde se peticiono la ineficacia del RPM al RAIS sin solución de continuidad, la cual le fue negada. (archivo 03Anexos1.pdf, fls. 43 a 50).

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre,**

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado

N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el veintiocho (28) de septiembre de 1964 (archivo 03Anexos1.pdf, fl. 1), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de octubre de 1987 al 28 de febrero de 1997 un total de 207.86 semanas (archivo 03Anexos1.pdf, fl. 5), iii) que el once (11) de febrero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P.

Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 1999 (archivo 09ContestacionColfondos.pdf, fls. 29 y 30). iv) que el treinta (30) de enero de 2002 se trasladó de A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de marzo de 2002 (archivo 10ContestacionPorvenir.pdf, fls. 72 y 76) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.179 semanas (archivo 10ContestacionPorvenir.pdf, fl. 77).

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

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

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

En cuanto a la condena de la indexación por las sumas que debe devolver o trasladar al RPM, es importante, mencionar que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Ya que, los conceptos que se ordenan devolver, están dirigidos, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, en tanto se encuentra ajustada a derecho, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Porvenir S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes del demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el once (11) de febrero de 1999 con efectividad el 1 de abril de ese mismo año se torna ineficaz, por

la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el nueve (9) de febrero de 2023 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **LUIS PORFIRIO DOMINGUEZ TAQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

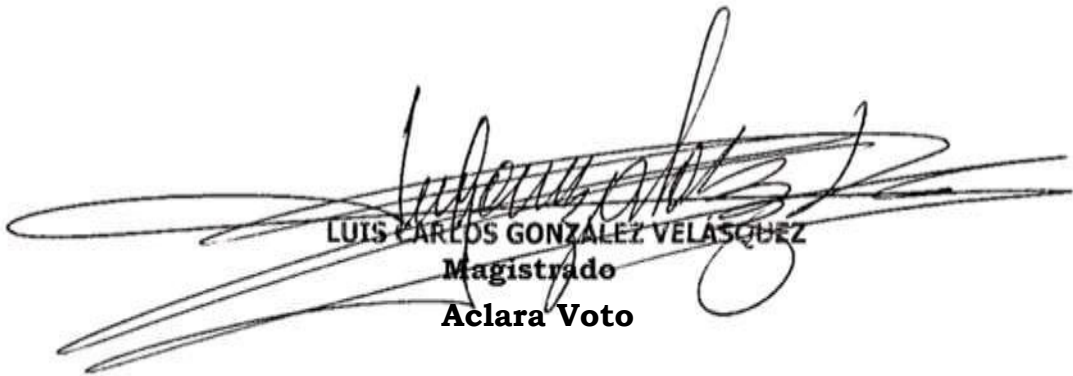
SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 08 2022 00085 01 DE LUÍS PORFIRIO
DOMINGUEZ TAQUEZ CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS Y PORVENIR**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó DOMINGUEZ TAQUEZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105021202200093-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veinticinco (25) de enero de 2023 por el Juzgado veintiún (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BLANCA LEONORA ROCIO DEL PILAR BARRAGAN RUIZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

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

ANTECEDENTES

Blanca Leonora Rocio del Pilar Barragan Ruiz, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual administrado por PORTECCIÓN en el año 1997, que se le ordene trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro de la demandante, incluyendo; rendimientos, bonos pensionales, aportes obligatorios, gastos e administración descontados, comisiones de toda clase, porcentaje con destino al fondo garantía de pensión mínima y las primas de los seguros

provisionales, junto con el reporte de la historia laboral, que COLPENSIONES acepte el traslado sin solución de continuidad, aplicación de las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 19 de abril de 1969, que se vinculó al sistema de seguridad social en pensiones en junio de 1989, que un asesor de PROTECCIÓN se presentó en las instalaciones de la empresa en la cual laboraba, indicando que era mejor trasladarse porque el ISS se iba a acabar, de lo contrario se perdería todo el dinero aportado, sin que diera una información acertada frente a las características de cada uno de los regímenes, que el 29 de septiembre de 2015 solicitó el traslado de régimen ante COLPENSIONES sin que se diera respuesta, solicitud que fue reiterada el 14 de junio de 2019 y con respuesta el día 27 del mismo mes y año se rechazó por inconsistencias en el diligenciamiento del formulario en el campo del nombre siendo este muy extenso y posteriormente indican que no es posible por encontrarse en prohibición legal.

Contestación de la demanda

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denominó; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (Archivo 10ContestacionDemandaProtección.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso en su defensa las excepciones de; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Archivo 12ContestaciónDemandaColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veinticinco (25) de enero de 2023 por el Juzgado veintiún (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS el 21 de enero de 1997 con efectividad el 1 de marzo de la misma anualidad por intermedio de PROTECCIÓN, en consecuencia, declarar como afiliación válida al RPM administrado por COLPENSIONES, condenar a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación por traslado horizontal de la demandante aportes pensionales, cotizaciones y vinos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexado, desde cuando recibió el traslado y hasta que se efectuó su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna, concediendo un mes siguiente a la ejecutoria para su cumplimiento, condenar a COLPENSIONES a activar al demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, declarar no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, costas a cargo de las demandadas y en favor de la demandante. (archivo 20ActaAudiencia20230125.pdf)

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: que en la ineficacia no solo debe tenerse en cuenta las obligaciones de la AFP, sino también las obligaciones del afiliado debiendo informarse adecuadamente de las condiciones establecidas en el sistema general de pensiones, emplear el debido cuidado en la toma de decisiones, pues, no se acercó a la entidad a requerir capacitación o algún tipo de solicitud que aclarara su situación pensional, además se perjudica la estabilidad financiera de la entidad, al encontrarse en prohibición legal de contar con 10 años o menos para el traslado de régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente COLPENSIONES argumento sobre la prohibición legal, por no acreditar vicios del consentimiento, respecto a la carga de la prueba, respecto al deber de información, sobre la descapitalización del sistema, con el fin de que se revoque la sentencia o de forma subsidiaria se condicione el cumplimiento previo al trámite que debe realizar PROTECCIÓN y que no sea condenada en costas. Por su parte, la

apoderada de la demandante solicita se confirme la sentencia al estimar que hubo vulneración del deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN y PROTECCIÓN guardo silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si COLPENSIONES debe asumir el pago de costas procesales. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 14 de junio de 2019 y su respuesta el 27 del mismo mes y año, donde le fue negado el traslado al RPMPD. (Archivo 01DemandaAnexos (1).pdf, fls. 94 a 95)

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

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

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

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

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

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

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

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

Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

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

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

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

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

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

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos

	Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el diecinueve (19) de abril de 1969

(archivo 01DemandaAnexos (1).pdf, fl. 74), ii) cotizó al RPM 244.86 (Archivo 10ContestacionDemandaProtección.pdf, fl. 34), iii) que el veintiuno (21) de enero de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de marzo de 1997 (archivo 10ContestacionDemandaProtección.pdf, fls. 33 y 69) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.503.57 semanas (Archivo 10ContestacionDemandaProtección.pdf, fl. 34).

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

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

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

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Protección S.A. el veintiuno (21) de enero de 1997 con efectividad el 1 de marzo de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

De las costas procesales

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia frente a las demandadas, quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que, no se revocará dicha condena,

conforme se solicitó en los alegatos por la demandada COLPENSIONES.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veinticinco (25) de enero de 2023 por el Juzgado veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **BLANCA LEONORA ROCIO DEL PILAR BARRAGAN RUIZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 21 2022 00093 01 DE BLANCA
LEONORA ROCÍO DEL PILAR BARRAGAN RUIZ CONTRA COLPENSIONES Y
PROTECCIÓN**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó BARRAGAN RUIZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105003202100105-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el dieciséis (16) de enero de 2023 por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ENRIQUE MIGUEL RUBIO GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

ANTECEDENTES

ENRIQUE MIGUEL RUBIO GÓMEZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad absoluta del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS a través de PORVENIR, y demás traslados efectuados en distintas AFP administradoras del RAIS, que siempre estuvo afiliado al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, en consecuencia, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual del demandante, junto con los rendimientos, intereses y demás frutos, como también los gastos de administración y

demás rubros que se hubieren recibido, se apliquen las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que cotizo para riesgos de IVM al ISS hoy COLPENSIONES, que a partir de 1994 fue trasladada sin la correspondiente información del RPM al RAIS a través de PORVENIR, que con derecho de petición del 3 de diciembre de 2020 se solicitó a PORVENIR documentación, dándose respuesta el 28 de diciembre de ese mismo año, indicando que no existe ningún reporte documental, que el 13 de enero de 2021 solicito al ISS tener nulo el traslado de régimen y aceptar su afiliación al RPM, que en la misma fecha se negó lo pretendido, que al momento del traslado el asesor de PORVENIR aseguro que el ISS se iba a acabar. (archivo 01Demanda.pdf)

Contestación de la demanda

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso en su defensa las excepciones de; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica. (archivo 06ContestacionPorvenir20220831.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de merito que denomino; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de Sostenibilidad Financiera del Sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica. (archivo 04ContestaciónDemandaColpensiones20210910.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el dieciséis (16) de enero de 2023 por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del

traslado del demandante del RPM al RAIS realizado el 25 de agosto de 1994, para entenderlo vinculado de forma vitalicia al RPM administrado por COLPENSIONES, condeno a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, con todo los rendimientos financieros, de igual manera devolver los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales y el porcentaje para constituir el fondo de garantía mínima con cargo a sus propios recursos durante todo el tiempo que estuvo afiliado, ordeno a COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectuó PORVENIR y que proceda a activarlo como afiliado como si nunca se hubiere trasladado del RPM, así mismo se actualice la historia laboral con las semanas de tiempo cotizado, declaro no probada la excepción propuesta por la demandada COLPENSIONES denominada inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad del sistema financiero y la de prescripción propuesta por ambas demandadas, condeno en costas, incluidas agencias en derecho a las demandadas. (archivo 11ActaSentenciaPrimeraInstancia20230116.pdf)

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: ello frente a la condena en costas, dado que la negativa de no haber recibido al demandante se debía a un impedimento legal, ya que al afiliado que le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión no puede gozar de un traslado, en consecuencia, se modifique parcialmente en ese sentido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de la parte demandante solicita se confirme la sentencia apelada, siendo claro que es válidamente afiliado a COLPENSIONES por existir la ineficacia del traslado al fondo, por su parte, PORVENIR como razones jurídicas y fácticas indicó de la ineficacia del traslado, ya que ninguno de los presupuestos legales, alegados resultaron demostrados en el proceso, el derecho al retracto, el derecho a la libre escogencia, la acreditación del deber de información a cargo de PORVENIR, de la imposición de cargas probatorias inexistentes, del deber de realizar análisis crítico y en conjunto de la prueba en cada caso, de la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos, de la línea jurisprudencial de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional, de la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, de la indexación de las condenas impuestas, en conclusión solicita se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a

PORVENIR de todas la pretensiones incoadas, por su parte, COLPENSIONES ratifica la solicitud de revocatoria de la sentencia.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si COLPENSIONES está obligada al pago de costas y agencias en derecho. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 13 de enero de 2021 y su respuesta de la misma fecha, donde solicito vinculación al RPM, la que le fue negada. (archivo 01Demanda.pdf, fls. 43 a 49)

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

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

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

cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

de la afiliación de la demandante.

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

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

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

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

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

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

	Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) cotizó al RPM un total de 181.8 semanas (archivo

06ContestacionPorvenir20220831.pdf, fl. 108), ii) que el veinticinco (25) de agosto de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de septiembre de 1994 (archivo 06ContestacionPorvenir20220831.pdf, fls. 87 y 89) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.441 semanas (archivo 06ContestacionPorvenir20220831.pdf, fl. 108).

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

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

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el veinticinco (25) de agosto de 1994 con efectividad el 1 de septiembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

De las costas procesales

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia frente a las demandadas, quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que, no se revocará dicha condena, conforme se solicitó en el recurso de apelación por la demandada COLPENSIONES.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el dieciséis (16) de enero de 2023 por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ENRIQUE MIGUEL RUBIO GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

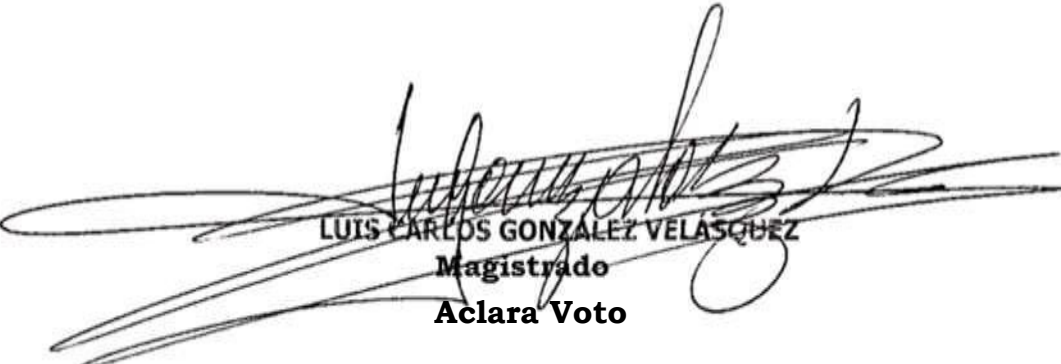
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 03 2021 00105 01 DE ENRIQUE
MIGUEL RUBIO GÓMEZ CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó RUBIO GÓMEZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202100140-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pago de Incapacidades superiores a 540 días.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, en contra de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA ELVIRA MUÑOZ** en contra de la **EPS FAMISANAR S.A.S.**

ANTECEDENTES

MARÍA ELVIRA MUÑOZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la EPS FAMISANAR S.A.S., para que, se ordene el reconocimiento y pago de las incapacidades que le fueron concedidas a partir del día 541, esto es, entre el 28 de noviembre de 2013 y el 31 de julio de 2017 y que se encuentran a cargo de la demandada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, laboró para la empresa de aseo La Perfección, desde el 30 de agosto de 2008, en el cargo de oficios varios; que, su estado de salud se vio afectado, por lo que fue incapacitada de manera continua desde el 27 de febrero de 2012 y hasta septiembre de 2017.

Indicó que, la EPS, le pagó las incapacidades correspondientes a los primero 180 días, esto es, entre el 25 de abril y el 01 de diciembre de 2012; que, el 17 de junio de 2015, le diagnosticaron síndrome de manguito rotador derecho y tenosinovitis de flexoextensores de antebrazo bilateral; que, COLPENSIONES, le canceló las incapacidades del día 181 al 540, esto es, entre el 02 de diciembre de 2012 y el 22 de octubre de 2013, en cumplimiento de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2016 por el Juzgado Treinta y Nueve Administrativo del Circuito

de Bogotá, dentro del proceso con radicado 11001333703920160012800.

Refirió que, a partir del 28 de noviembre de 2013, comenzó el día 541 de incapacidad; que, el 30 de junio de 2017, fue calificada con trastorno de disco cervical con radiculopatía bilateral, bursitis de hombro bilateral y síndrome de manguito rotador; que, en septiembre de 2017, se vio obligada a interrumpir sus incapacidades y reintegrarse a laborar, porque no estaba recibiendo ningún ingreso económico, para su sustento y el de su familia.

Que, el 14 de noviembre de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, le determinó una pérdida de capacidad laboral del 37%, de origen común; que, conforme a lo establecido por el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, radicó ante su empleador, todas las incapacidades que le daban en la EPS, y que, mediante correo electrónico, en dos oportunidades le solicitó a la demandada, información respecto a si la empresa de aseo La Perfección, radicó e hizo el cobro de las mismas desde noviembre de 2013 y hasta julio de 2017, si ésta había recibido algún pago o retribución o que se indicara cuál había sido la respuesta dada en su momento a la empresa, pero nunca obtuvo contestación.

Advirtió que, presentó ante la EPS FAMISANAR S.A.S., múltiples solicitudes para obtener el pago del subsidio de incapacidad causado desde el 28 de noviembre de 2013 y hasta el 30 de agosto de 2017, pero la accionada, siempre le pedía presentar varios documentos, los cuales procedía a radicar; que, la EPS accionada, le canceló, directamente a la Empresa, la incapacidad de agosto de 2017 y frente a las demás le informó que no contaba con recursos para su pago, adeudándole más de 1350 días de incapacidad; que, también presentó queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, pero tampoco obtuvo respuesta (Archivos 01 y 07).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, dio contestación oportuna, dijo no constarle la mayoría de los hechos y se opuso a las pretensiones, alegando que, en efecto la demandante, radicaba las incapacidades tal y como se evidencia en la documental aportada, las cuales fueron debidamente auditadas y tramitadas, y, luego de ello no se encontró la viabilidad del reconocimiento y pago de las mismas debido a que la EPS normativamente no contaba con la regulación del flujo de recursos para el pago de esa prestación, sumado a que tampoco se encontraba definida la responsabilidad de esa Entidad, para estos efectos, por la legislación que tiene que ver con este tema, pues, tal obligación se impuso a las EPS, con el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y en desarrollo de éste se expidió el Decreto 1429 de 2016, que definió la estructura interna, funciones y régimen de transición, para el inicio de actividades de la ADRES, que comenzó a funcionar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 del Decreto 546 de 2017, a partir del 01 de agosto de 2017, momento desde el cual se comenzaron a reconocer a favor de las EPS los recursos destinados al pago de las incapacidades superiores a 540 días, sin que a la fecha de contestación de la demanda, se haya

precisado aun el procedimiento de reembolso o pago de las incapacidades superiores al día 540, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social a las EPS, por lo tanto, esa Entidad, no contó para la fecha de los hechos, ni cuenta en la actualidad con el recurso económico para reconocer y pagar prestaciones económicas de incapacidad por enfermedad común después del día 540, antes del 1 de agosto de 2017, reclamadas por la demandante. Propuso las excepciones de fondo, que denominó, prescripción, carencia actual de objeto, carencia de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y la genérica (Archivo 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de septiembre de 2022, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la demandante, tiene derecho a lo pretendido con la demanda; condenó a la EPS FAMISANAR S.A.S., a pagar a MARÍA ELVIRA MUÑOZ, las incapacidades del 31 de agosto de 2016 al 31 de julio de 2017, de acuerdo con la relación allegada con el escrito de contestación; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, de las incapacidades causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2016 y no probadas las demás propuestas por la EPS demandada, a quien, además condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la EPS FAMISANAR S.A.S., interpuso recurso de apelación, argumentando que, si bien la Ley 1753 de 2015, estableció la obligatoriedad de las EPS, de reconocer las incapacidades con posterioridad al día 540, también es cierto que, esa norma supeditó el reconocimiento de esos recursos a la regularización y la creación de la Entidad, que manejaría los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, por eso, antes del 01 de agosto de 2017, las EPS, no contaban con los recursos para el pago de ese tipo de incapacidades, pues, sólo a partir de ese momento entró en funcionamiento la ADRES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la EPS FAMISANAR S.A.S., insistió en que, no está obligada al reconocimiento de las incapacidades con expedición anterior al 1 de agosto de 2017 teniendo en cuenta que la ADRES no había entrado en operación para administrar los recursos del SGSSS; que, es solo desde tal fecha que se podrían reconocer prestaciones económicas derivadas de incapacidades mayores a 540 días, pues sería esta Entidad la encargada de entregar los recursos a las EPS, para tal fin; además que, no está conforme toda vez que el literal a) del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, mediante la cual se impuso a las Entidades Promotoras de Salud la obligación de asumir el pago de las incapacidades superiores a 540 días, por enfermedades de origen común, a la fecha no ha sido reglamentada por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.

La demandante, por su parte, indicó que, de ninguna manera, el pago del subsidio por incapacidad, se encuentra sujeto a condición alguna; que, lo único que quedó en suspenso fue la reglamentación de la revisión periódica de incapacidad por parte de la EPS y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios de incapacidad; que, la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días es de las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la ADRES, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015; y que, como lo tiene definido la jurisprudencia constitucional, se aplica la retroactividad del artículo 67 de la ley 1753 del 2015, en virtud del principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional; por lo que, pide confirmar la sentencia apelada.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la demandada, la Sala, deberá establecer, si resultó o no acertada la decisión del *a quo*, en cuanto ordenó el pago de los auxilios económicos reclamados por la actora y que se causaron con posterioridad al día 541 de incapacidad laboral.

DEL AUXILIO ECONÓMICO POR INCAPACIDAD

Insiste la parte demandada, en su recurso, en que conforme a lo establecido en el artículo 21 del Decreto 546 de 2017, sólo a partir del 01 de agosto de 2017, cuando entró en funcionamiento la ADRES, surgió para las EPS, la obligación de pago de las incapacidades superiores a 540 días; por lo que, no está obligada a cancelar el subsidio económico reclamado por la demandante, ya que este se causó entre el 28 de noviembre de 2013 y el 31 de julio de 2017.

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

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

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

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

De otra parte, el pago de las incapacidades de origen común se encuentra distribuido así: *i)* Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013; *ii)* a partir del día 3 hasta el día 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1 del Decreto 2943 de 2013; *iii)* desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS; y, *iv)* del día 541 en adelante, antes de la expedición de la Ley 1753 de 2015, como señaló la Corte Constitucional, en sentencia T-468 de 2010, el trabajador, con incapacidades superiores a los 540 días y cuya limitación física no superaba una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, quedaba en un estado de desamparo y desprotección, pues, no existía una reglamentación al respecto, que definiera cuál de las Administradoras del Sistema Integral de Seguridad Social, era la responsable del pago de este subsidio.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 1753 de 2015, se superó el vacío mencionado, pues, en su artículo 67 se dispuso que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas *“[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.**”* (Negrilla fuera de texto)

Al respecto, la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia T-144 de 2016, señaló que, a partir de la vigencia del artículo 67 de Ley 1753 de 2015, esto es, 09 de junio de 2015 *“en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado”*. Además, definió tres reglas necesarias para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, así:

“(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%;

(ii) El deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y,

*(iii) **La referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad***”. (Negrilla fuera de texto)

Frente a este último aspecto, esto es la retroactividad de la norma, también esa Corporación, a través de la sentencia T-200 de 2017, indicó que las EPS *“no pueden sustraerse de su obligación de cancelar las incapacidades médicas cuando superan los 540 días alegando falta de legislación”*, por cuanto la expedición de la Ley 1753 de 2015 superó el déficit de protección que existía en dicha materia.

Actualmente, conforme a lo señalado en el Capítulo III del Decreto 1333 de 2018, a partir del día 541 de incapacidad, la EPS, nuevamente asumirá su pago.

En ese orden de ideas, acreditado como se encuentra en el plenario que, la señora MARÍA ELVIRA MUÑOZ, se encuentra afiliada en salud, a la EPS FAMISANAR S.A.S., y que, ésta fue incapacitada por su médico tratante desde el 27 de febrero de 2012, de manera continua, habiendo superado los 540 días de incapacidad, a partir del 28 de noviembre de 2013 y hasta el 31 de julio de 2017 (Archivos 04, 07 y 10), sin que la demandada, haya probado el pago de las mismas, es por lo que, resulta acertada la decisión del Juez de Primer Grado, en cuanto ordenó el pago de dichos subsidios, sin que sean de recibo los argumentos expuestos por la EPS, en su recurso de apelación, respecto a que, para la fecha de causación de los mismos no existía para esa Entidad, la obligación de asumir el pago de las incapacidades con posterioridad al día 540, pues, como se indicó en la jurisprudencia constitucional antes citada, en virtud del principio de igualdad, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, tiene efectos retroactivos, ya que, aun cuando *“Esa situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. (...) genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay*

una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.” (Sentencia T-144 de 2016).

Tampoco es de recibo para la Sala, que la demandada, se escude en afirmar que para la fecha en que surgió la obligación de pago de las incapacidades superiores al día 540, a favor de la actora, no había entrado aún en funcionamiento la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues, no es cierto que no existiera una Entidad a la cual reclamar dichos recursos, ya que, para entonces aun existía el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sector Salud – FOSYGA; y, en todo caso, al haberse reconocido las prestaciones económicas deprecadas a través de la sentencia de Primer Grado, encontrándose en la actualidad en operación la ADRES, no hay razón para que la EPS FAMISANAR S.A.S., se niegue al pago de la condena impuesta; de ahí que, se confirmará la sentencia apelada.

Costas en la alzada, a cargo de la demandada. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA ELVIRA MUÑOZ** contra la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202100167-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de Invalidez - Conteo de Semanas enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra de la sentencia proferida el 10 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANA DORIS RESTREPO GARZÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

ANA DORIS RESTREPO GARZÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir del 06 de julio de 2016, fecha de emisión del dictamen de invalidez, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas que no sean objeto de intereses; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas procesales.

De manera subsidiaria, solicitó que, en caso de no prosperar su petición principal, se le reconozca y pague la pensión de invalidez, a partir del 29 de diciembre de 2007.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, mediante dictamen 2016168796MM del 06 de julio de 2016, COLPENSIONES, le determinó una pérdida de capacidad laboral del 88.5%, estructurada el 29 de diciembre de 2007, designándole a la deficiencia física “*accidente cerebro vascular*” el 50%.

Indicó que, al 31 de octubre de 2016, cotizó para los riesgos de IVM, un total de 590 semanas; que, por las patologías que padece, no pudo continuar cotizando, por lo que, el 03 de septiembre de 2016, le solicitó a la demandada, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, derecho que le fue negado, mediante la resolución GNR 298332 del 10 de octubre de 2016, bajo el argumento de no cumplir los requisitos de ley vigentes al momento de la estructuración de su invalidez.

Refirió que, las enfermedades que padece son de tipo catastrófica, crónica, congénita y degenerativa, de ahí que, su situación pensional no puede ser estudiada bajo los preceptos tradicionales para otorgar la prestación, sino que, como lo ha definido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-070 de 2014, T-485 de 2014 y T-235 de 2015, en aplicación del principio de favorabilidad, puede disfrutar de la prestación pensional, si cumple con las semanas requeridas, contabilizando éstas desde la fecha de emisión del dictamen.

Dijo que, su calificación de pérdida de capacidad laboral fue emitida el 6 de julio de 2016, contando con más de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a esa fecha; que, prestó sus servicios como trabajadora dependiente, para EL PALACIO DE LAS ESTUFAS DE VENECIA, entre el 1 de junio de 2003 y el 5 de junio de 2008, pero ese empleador, no le canceló los aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, equivalentes a 261,57 semanas, que sumadas al tiempo cotizado, resultaría suficiente para causar la pensión de invalidez en los términos del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

Advirtió que, las inconsistencias o errores en las historias laborales no pueden servir de excusa para negar una prestación pensional, pues, son las Administradoras de pensiones, las encargadas de salvaguardar la información de sus afiliados, manteniendo actualizada y corregida su historia laboral; además que, la demandada, debe tener en cuenta como efectivamente cotizado el tiempo en que laboró, pero, durante el cual su empleador, no cotizó, debiendo adelantar las acciones de cobro respectivas para que éste cancele el cálculo actuarial correspondiente.

Que, el 01 de septiembre del 2020, mediante apoderada judicial, nuevamente reclamó a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez junto con los intereses moratorios, derecho que ésta le negó a través de la resolución 201331 del 21 de septiembre de 2020 (Archivo 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y en cuanto a los hechos, dijo no ser ciertos o no constarle la mayoría de ellos. En su defensa argumentó que, la señora ANA DORIS RESTREPO GARZON, refleja conforme la resolución SUB_201331 de

fecha 21 de septiembre de 2020, un total de 783 semanas y en ese sentido, dando alcance de la Ley 860 de 2003, no acredita 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración que se determinó el 29 de diciembre de 2007, y que en retrospectiva comprendería hasta el 29 de diciembre de 2004; que, en cuanto a la aplicación de una condición más beneficiosa, en atención a lo definido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 445964-2017, conforme el dictamen de PCL No 2016162796MM del 6 de julio de 2016, se determinó una pérdida del 88.50% de su capacidad laboral, por lo que, no se ajusta dentro del plazo determinado para su aplicación, entre el 29 de diciembre de 2003 y el 29 de diciembre de 2006. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social de orden público, buena fe y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio (Archivos 11 y 14).

En audiencia celebrada el 25 de octubre de 2021, la *a quo*, ordenó la integración al proceso del señor **LUIS EMILIO TUNAROSA JAIME**, en su condición de propietario del establecimiento de comercio EL PALACIO DE LAS ESTUFAS DE VENECIA, quien contestó la demanda, señalando que, no sostuvo ninguna relación laboral con la demandante, sino una sociedad de hecho en el establecimiento de comercio, donde la actora, era totalmente independiente, abría el local a la hora que quería y del producto de las ventas sacaba dinero para atender sus gastos personales, a tal punto que al momento de la liquidación de la sociedad, la actora, se quedó con la mitad de la mercancía, que vendía desde su casa; aclaró que, el establecimiento de comercio, se registró ante la Cámara de Comercio, el 02 de agosto de 2005, por lo que, era físicamente imposible que existiera algún vínculo desde el 01 de junio de 2003. Formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral y prescripción (Archivo 34).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de abril de 2023, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante, la pensión de invalidez, a partir del 01 de agosto de 2021, en cuantía de 1 SMMLV, junto con el pago de \$21.931.156, por concepto de retroactivo pensional, liquidado entre el 01 de agosto de 2021 y el 31 de marzo de 2023, el cual deberá ser indexado al momento de su pago; absolvió al vinculado LUIS EMILIO TUNAROSA JAIME, y no impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, reiterando la improcedencia de lo pretendido, pues, como se indicó en la resolución SUB 201331 de 2020, la demandante, no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, ya que, no acreditó las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la

fecha de estructuración de la invalidez, esto es, entre el 29 de diciembre de 2004 y el 29 de diciembre de 2007, conforme al dictamen 2016162796MM, mismo que se encuentra ajustado a derecho; que, no es posible aplicar la condición más beneficiosa, pues, ésta sólo estuvo vigente hasta el 29 de diciembre de 2006.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, COLPENSIONES, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia de Primera Instancia, para en su lugar, absolver a esa Administradora, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, la demandante, pidió confirmar el fallo apelado, por cumplir con los presupuestos jurisprudenciales para ser beneficiaria de la pensión de invalidez, pues fue calificada con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% exigido por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y *“cuenta con más de 26 semanas en cualquier tiempo”*.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, la Sala deberá determinar la procedencia o no de la pensión de invalidez deprecada por la demandante.

DE LA CALIDAD DE AFILIADA DE LA DEMANDANTE A COLPENSIONES

No fue objeto de discusión que, la demandante se encuentra afiliada a COLPENSIONES, cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 14 de marzo de 1989 como trabajador dependiente e independiente, cotizando a través del régimen subsidiado, hasta el 31 de julio de 2021 (Archivo 12).

DE LA PENSION DE INVALIDEZ Y DEL CONTEO DE SEMANAS PARA EL CASO DE ENFERMEDADES CRÓNICAS, CONGÉNITAS O DEGENERATIVAS

Insiste COLPENSIONES, en que la demandante, no tiene derecho a la pensión de invalidez, pues, no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez; además que, tampoco podría, en su caso, darse aplicación a la condición más beneficiosa, pues, ésta operó hasta el 29 de diciembre de 2006 y la estructuración de la invalidez de la actora, se determinó que fue el 29 de diciembre de 2007.

Al respecto, los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 disponen:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración...”

En relación con la fecha para contabilizar las semanas a fin de obtener la pensión de invalidez, en el caso de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1706 de 2023, señaló que, ésta corresponde a la última cotización válida, al considerar el concepto de capacidad residual o a fecha de solicitud del reconocimiento pensional. Al respecto, esta Corporación explicó:

“... respecto de las enfermedades congénitas crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50% como lo es el caso en estudio, la fecha para computar las semanas requeridas para acceder a la pensión no siempre será la de la estructuración del estado de invalidez, pues esta se puede modificar, en el sentido de que, para determinar «el momento real» desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar el derecho a la pensión de invalidez, se puede acudir también a los siguientes criterios: i) la fecha de emisión del dictamen mediante en el cual se califica el estado de invalidez; ii) la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional (CSJ SL1069-2021).

Por lo tanto, si se presenta un caso de pensión por invalidez, siempre y cuando sea por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, debe aplicarse la figura jurídica denominada capacidad laboral residual, para determinar con certeza la real data de la pérdida de capacidad laboral (CSJ SL770-2020, SL5603-2019, reiteradas en SL1069-2021).

ii) Acceso a la pensión de invalidez en el caso de las patologías crónicas, degenerativas y congénitas y las cotizaciones posteriores a la contingencia

Con el propósito de una mayor ilustración, si bien frente al tema se hizo alusión en el acápite que antecede, lo cierto es que la Sala ha prestado especial atención a este tipo de patologías, pues ha señalado que una condición de invalidez no deriva per se en una discapacidad absoluta para poder laborar, en tanto aceptar que dicha contingencia excluye del mundo laboral a estas personas equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral (CSJ SL3610-2020, reiterada en sentencia (CSJ SL4329-2021).

Cabe destacar además que, en relación con el cumplimiento de la densidad de semanas a la fecha de emisión del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, tal como se explicó, se reitera que el citado requisito puede ser analizado con base en la fecha de la última cotización y, adicionalmente, la Sala ha adoctrinado que los aportes que soportan el acceso a la prestación de invalidez se deben derivar de «una efectiva y probada capacidad laboral» con el fin de evitar posibles fraudes (CSJ SL3275-2019). Precisamente, en dicha sentencia la Corporación explicó:

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social. (Énfasis añadido)

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.

Bajo este horizonte, conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisarse, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; excepcionalmente, y en razón de encontrarse frente a enfermedades crónicas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, o la calenda en que se emitió el dictamen (CSJ SL781-2021 y SL002-2022).

Sobre el tema en debate, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-588-2016, citada en sentencia CSJ SL781-2021, sostuvo:

En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

En estos casos, esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como “(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe”. Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional.

Con sujeción a las precedentes manifestaciones, se reitera que, ante situaciones sui géneris originadas por este tipo de padecimientos, para efectos de tomar el hito de la estructuración de la invalidez, resulta válido acudir a i) la fecha en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, ii) la data en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o iii) la calenda del último periodo de cotización (CSJ SL 002-2022).

Es que la Corte ha precisado que es el análisis del caso concreto el que permite evitar una defraudación al sistema pensional, las circunstancias que la rodean, y revisar que los aportes efectuados después de la estructuración de la invalidez y en los que se funda la reclamación, sean producto de una verdadera capacidad laboral del afiliado, de tal suerte que la alteración de la data en que la autoridad administrativa dictamina surge la pérdida de capacidad laboral, obedezca a razones probatorias y objetivas que así lo permitan (CSJ SL781-2021 y SL002-2022)...”

Por lo tanto, el reconocimiento de la pensión de invalidez, para aquellas personas en condiciones de especial protección, que padecen una enfermedad crónica, congénita o degenerativa en el tiempo, no será a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, sino de la fecha del dictamen sobre pérdida de capacidad laboral o la última cotización efectuada, previo análisis de la situación particular.

En el presente caso, no existe discusión respecto a la pérdida de capacidad laboral de la demandante, que COLPENSIONES, en dictamen del 06 de julio de 2016, determinó en un 88.5%, de origen común, estructurada el 29 de diciembre

de 2007, por presentar “*secuelas de ECV múltiples ACM izquierda y fosa posterior en el contexto de sus enfermedades de base (arterioesclerótico 2007), factores de riesgo vascular. Antecedentes de HTA [hipertensión arterial] y DM [diabetes mellitus]. síndrome de crest.*”, enfermedades de tipo crónico y degenerativo, que no se resuelven con el paso del tiempo (fls. 17-21 Archivo 02).

Ahora bien, dentro del curso del proceso, ordenó la Juez de Instancia, que, de manera oficiosa, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, emitiera un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual fue emitido bajo el número 51946937-095225 del 16 de enero de 2023 (Archivo 51), en el que se valoraron los diagnósticos de “(I694) SECUELA DE ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR, NO ESPECIFICADA COMO HEMORRAGICA Y OCLUSIVA (I10x) HIPERTENSIÓN ARTERIAL (E119) DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN (L943) ESCLERODACTILIA”, concluyendo que, la demandante, tiene una PCL del 83.78% estructurada el 31 de marzo de 2013 “*Fecha de objetivación del daño neurológico en imagen diagnóstica*”.

Así las cosas, aunque las patologías que padece la demandante, son de tipo crónico y permitirían la aplicación del criterio jurisprudencial antes citado, para contabilizar las semanas a fin de obtener la pensión de invalidez, a partir de la última cotización válida; lo cierto es que, de acuerdo con el dictamen de PCL practicado en el curso del proceso, el cual se encuentra en firme, pues, no fue objetado por ninguna de las partes, se determinó que la invalidez de la actora, se estructuró el 31 de marzo de 2013; por lo tanto, verificado el reporte de semanas cotizadas por ésta al Sistema pensional, advierte la Sala, que, dentro de los 3 años anteriores, esto es, entre el 31 de marzo de 2010 y el 31 de marzo de 2013, la señora ANA DORIS RESTREPO GARZÓN, cotizó 128,7 semanas, suficientes para satisfacer el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003; por lo que, resulta acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, en cuanto accedió al reconocimiento de la pensión de invalidez deprecada; razón por la que se confirmará la sentencia apelada, en este sentido.

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

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primer Grado se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANA DORIS RESTREPO GARZÓN** contra la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105035202100215-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de sobrevivientes.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARLOS JULIO SUÁREZ CARRANZA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

CARLOS JULIO SUÁREZ CARRANZA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que, en calidad de cónyuge supérstite, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes causada por MARÍA NELFI SIACHOQUE ROMERO, desde el 10 de octubre de 2020; que, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar ese derecho pensional, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o de manera subsidiaria la indexación de las sumas reconocidas, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, a partir del 30 de noviembre de 1984, comenzó una convivencia en unión libre con MARÍA NELFI SIACHOQUE ROMERO, inicialmente en el inmueble ubicado en la carrera 29 No. 22-36 sur de Bogotá; que, producto de esa unión tuvieron 3 hijos, quienes actualmente son mayores de edad e independientes económicamente.

Indicó que, en el año 1996, la pareja estableció su lugar de residencia en el municipio de Soacha, donde compraron un apartamento ubicado en el Conjunto Residencial San Carlos; que, el 16 de junio de 2001, contrajeron matrimonio católico, en la parroquia San Bernardo de Soacha; que, él toda su vida se ha dedicado a trabajar como guarda de seguridad; que, en el año 2007, pasaron por una difícil situación económica, por lo que, MARÍA NELFI SIACHOQUE ROMERO, se trasladó a Puerto Trujillo – Meta, a trabajar en una tienda de víveres y abastecimiento, pero frecuentemente se visitaban.

Refirió que, decidió con su cónyuge, comprar una casa en Puerto Trujillo – Meta, con el fin de tener un negocio propio, entonces MARÍA NELFI, trabajaba suministrando alimentos a las empresas petroleras ubicadas en ese corregimiento, pero ésta debía desplazarse a la ciudad de Villavicencio para hacer sus diligencias personales; que, en el año 2017 vendieron el negocio y decidieron vivir en Soacha; que, el 04 de febrero de 2020, la señora SIACHOQUE ROMERO, fue operada de la matriz y, como su familia vivía en el municipio de Flandes, viajaron allí, ya que, el clima le ayudaba a su recuperación.

Manifestó que, el 08 de octubre de 2020, la señora MARIA NELFI SIACHOQUE ROMERO, estando en Flandes, sufrió un percance de salud, tuvo que ser hospitalizada de urgencias y el 10 de octubre de 2020, mientras era intervenida quirúrgicamente falleció; que, él asumió todos los gastos funerarios, pues, su cónyuge era su beneficiaria en un plan exequial que tenía con Mapfre Compañía Vida Seguros.

Que, en su condición de cónyuge supérstite se presentó ante COLPENSIONES, a reclamar la pensión de sobrevivientes, derecho que le fue negado, a través de la resolución SUB268461 del 10 de diciembre de 2020, decisión contra la que interpuso los recursos de ley, y que, fue confirmada por la resolución SUB 60893 del 08 de marzo de 2021, alegando la demandada, que no acreditó la convivencia bajo el mismo techo con la causante, lo que advierte no es cierto, pues, convivieron de manera ininterrumpida desde el 30 de noviembre de 1984 y su vínculo matrimonial estuvo vigente hasta el fallecimiento de la señora MARIA NELFI SIACHOQUE ROMERO, pues, nunca se divorciaron, ni se disolvió o liquidó la sociedad conyugal (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, dijo no constarle la mayoría de los hechos y se opuso a la totalidad de las pretensiones, toda vez que, en el presente caso, no se reúnen los requisitos mínimos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada en virtud de lo contemplado en la Ley 797 de 2003, si se tiene en cuenta que el demandante no acreditó el requisito de la convivencia durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento de la causante. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no

configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o ajuste alguno, carencia de causa 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 la innominada o genérica (Archivo 12).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de agosto de 2022, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, a partir del 10 de octubre de 2020, con los ajustes de ley y mesadas adicionales; ordenó a la demandada, pagar la suma de \$23.029.449 por concepto de retroactivo pensional, causado del 10 de octubre de 2020 al 31 de agosto de 2022, debidamente indexado y, dispuso que, a partir del 01 de septiembre de 2022, COLPENSIONES, le debe pagar al actor, por concepto de mesada pensional, un salario mínimo mensual legal vigente. No impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada, interpuso recurso de apelación, argumentando que, estudiada la historia laboral de la causante, ésta no cumplió con el requisitos de semanas mínimas cotizadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues, las únicas cotizaciones que reporta la fallecida son de agosto de 1998 a noviembre de 2003; además que, el demandante, no logró demostrar el requisito de convivencia con la causante hasta su muerte, no menos de 5 años anteriores a su muerte o en cualquier tiempo, esto por cuanto la causante, realiza un traslado a la ciudad de Puerto Trujillo en el 2004, luego en el 2010 se va a vivir a Flandes y el fallecimiento de la señora MARÍA NELFI SIACHOQUE se produjo en el año 2020, es decir, que la pareja no compartió techo, lecho y mesa por más de 4 años; que, el demandante no fue preciso en las fechas, ciudades y direcciones donde vivió con la causante, precisando que permanecían separados por cuestiones laborales; que, el actor, no acompañó, ni asistió en cuidados de salud a la fallecida; que, las declaraciones de los testigos, no tiene la fuerza suficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales que conduzcan al reconocimiento del derecho pensional a favor del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, COLPENSIONES, pidió revocar la sentencia de Primera Instancia, insistiendo en que no se probó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por el demandante CARLOS JULIO SUAREZ CARRANZA, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas, el demandante y la causante MARÍA NELFI SIACHOQUE ROMERO no convivieron

desde el 16 de junio del 2001 hasta el 10 de octubre del 2020, fecha que fallece la causante, sin interrupciones

La parte demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada, pues, se demostró con las pruebas practicadas que la causante y el señor CARLOS JULIO SUÁREZ CARRANZA, iniciaron su convivencia en unión marital de hecho el 30 de noviembre de 1984 y posteriormente contrajeron matrimonio el 16 de junio de 2001, fecha desde la que compartieron techo, lecho y mesa hasta el 10 de octubre de 2020, de forma permanente e ininterrumpida cumpliendo con los requisitos legales, más aún cuando *“las cortes de cierre”* han señalado que el cónyuge supérstite sólo le basta demostrar la convivencia con el fallecido durante 5 años en cualquier tiempo, siempre y cuando se mantenga el vínculo matrimonial vigente.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la demandada, la Sala deberá establecer, si resultó acertada o no la decisión del Juez de Primer Grado, al reconocer al demandante, en su condición de cónyuge supérstite, la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de la señora MARÍA NELFI SIACHOQUE ROMERO, haciendo especial énfasis en el número de semanas cotizadas por la fallecida y la convivencia de la pareja.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No fue objeto de discusión en el plenario que, la señora MARÍA NELFI SIACHOQUE ROMERO, se encontraba afiliada a COLPENSIONES, cotizando para pensión desde el 10 de julio de 1989 (Archivos 01 y 26). Tampoco que, la mencionada señora, falleció el 10 de octubre de 2020 como da cuenta el registro civil de defunción que milita en el expediente digital (fl. 28 Archivo 01); lo que de suyo implica que el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas vigentes al momento de su deceso, y que disponen:

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

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

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

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

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

Se colige de lo anterior, que, en caso de fallecimiento de un afiliado, como ocurre en el presente caso, para que su grupo familiar tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, el causante, debió haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al fallecimiento. Al respecto, debe la Sala, precisar que, aunque COLPENSIONES, alega en su recurso de alzada, que, la señora MARÍAL NELFI SIACHOQUE ROMERO, no cumplía con la densidad de semanas para dejar causado el derecho pensional deprecado por su cónyuge, pues, según su dicho ésta sólo cotizó hasta el año 2003; lo cierto es que, confundió la demandada, el reporte de semanas cotizadas por el actor, que milita en el archivo 16, con el de la causante, obrante en el archivo 26 del plenario, donde se acredita que ésta realizó aportes al Sistema General de Pensiones, hasta el mes de septiembre de 2020, habiendo cotizado 963.14 semanas en toda su vida laboral; además que, conforme al reporte de fecha 28 de octubre de 2020 (Archivo 26), y el tiempo de servicios relacionado en la resolución SUB 268461 del 10 de diciembre de 2020, se tiene que, entre el 10 de octubre de 2017 y 10 de octubre de 2020, la afiliada cotizó 423 días, equivalentes a 60,42 semanas, cumpliendo entonces con el requisito mínimo de cotizaciones para el estudio de la pensión deprecada.

Ahora bien, en cuanto a la convivencia de los cónyuges, claro es que, la pensión de sobrevivientes busca proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, ésta por un lapso no inferior a 5 años, entendida como “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*”¹. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

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

En cuanto a la sumatoria del tiempo convivido en calidad de compañeros primero, y luego como cónyuges, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 3693 de 2021, que:

“...existen diversos presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes derivados de la calidad de cónyuge o de compañera permanente, o de cónyuge separado de hecho, pero en cualquiera de ellos la exigencia de la convivencia debe acreditarse, bien sea cinco años con anterioridad al fallecimiento o ese mismo lapso en cualquier tiempo, según el caso.

Ahora, para efectos de probar el requisito de convivencia de mínimo 5 años a que se refiere el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la cónyuge que previamente convivió con el causante en calidad de compañera, como es aquí el caso, puede acumular los períodos de convivencia en esas dos condiciones siempre y cuando haya continuidad entre uno y otro vínculo, y la convivencia esté debidamente acreditada para cada interregno.

(...)

De modo que en ese contexto es procedente la sumatoria del tiempo que la actora convivió con el causante como compañera permanente y luego como cónyuge, que según los testimonios que se analizaron superó el lapso de mínimo 5 años continuos con anterioridad a la muerte, como lo exige el artículo 13 de la Ley 797 de 2003...”.

En el presente caso, solicitó el demandante, la pensión de sobrevivientes por haber convivido con la causante María Nelfi Siachoque Romero, entre el 30 de noviembre de 1984 y el 20 de octubre de 2020, primero en calidad de compañeros permanentes y a partir del 16 de junio de 2001, como cónyuges, luego de contraer matrimonio por el rito católico. Convivencia que, para COLPENSIONES, no se encuentra demostrada; y que, procede la Sala, a verificar así:

Al plenario se allegaron como pruebas, el registro civil de matrimonio, de la pareja SIACHOQUE – SUÁREZ, celebrado el 16 de junio de 2001, por el rito católico, en la parroquia San Bernardino de Soacha – Cundinamarca; certificado de fecha 23 de marzo de 2021, expedido por Mapfre Servicios Exequiales S.A.S., donde consta que el actor, adquirió con esa aseguradora un contrato de previsión exequial, con cobertura para su grupo familiar, que incluía a la causante, en calidad de cónyuge; fotografías de eventos familiares, en el año 2016, donde se observa al actor y la fallecida compartir; certificado de matrícula inmobiliaria 051-14015, que acredita la propiedad del demandante, del apartamento 303 del Conjunto Residencial San Carlos; resolución SUB 268461 del 10 diciembre de 2020, mediante la cual COLPENSIONES, le niega al actor, la pensión de sobrevivientes, por no acreditar el requisito de convivencia con la causante, dentro de los últimos 5 años inmediatamente anterior a la fecha de su fallecimiento, decisión contra la cual éste presentó los recursos de reposición y subsidiario de apelación y que fue confirmada por las resoluciones SUB 60893 del 08 de marzo de 2021 y DPE 2855 del 23 de abril de 2021.

Igualmente se aportó el expediente administrativo de la causante (Archivo 26), del que se extrae, la resolución SUB 89292 del 13 de abril de 2021, por la cual se niega

al actor el pago del auxilio funerario, pues, la señora SIACHOQUE ROMERO, no era cotizante activo al momento de su deceso; así como declaraciones extraproceso rendidas, el 15 de enero de 2021, en la Notaría Única de Flandes – Tolima, por la señora LUZ ESTELA LEAL CONTRERAS, quien manifestó ser vecina de la hermana de la fallecida, a quien conocía desde hace 4 años atrás, y que, veía a la señora MARIA NELFI *“una vez que otra donde su hermana, por cuestión de salud (...) ella se mantenía en Bogotá y Flandes ya que la señora era hipertensa”*; y del 16 de octubre de 2020, ante la Notaría Segunda del Circulo de Soacha, donde las señoras XIOMARA ALEJANDRA SALAS PEÑA y MARISANEL MORENO MÁRQUEZ, dijeron conocer a la causante por espacio de 11 y 12 años, que ésta se encontraba casada con CARLOS JULIO SUÁREZ CARRANZA, con quien convivió desde el 18 de junio de 1983 y hasta el momento de su fallecimiento, así mismo señalaron las declarantes, que de esa relación procrearon 3 hijos, todos mayores de edad e independientes económicamente.

También milita en el expediente, el informe técnico de investigación, rendido por la firma COSINTE LTDA, para COLPENSIONES, en el que se advierte:

“Se entrevistó al señor Carlos Julio Suárez Carranza, (...) Afirmó haber sido el esposo de la señora María Nelfi Siachoque Romero (...) refirió que iniciaron su convivencia bajo la figura de unión marital de hecho desde el año 1985 (sin precisa fecha exacta), posteriormente contrajeron matrimonio el 16 de junio del año 2001, hecho que se dio hasta el día 10 de octubre del año 2020, fecha de fallecimiento de la causante, de cuya unión procrearon 3 hijos, actualmente mayores de edad y sin discapacidad alguna, identificados como:

- Carlos Andrés Suárez Siachoque, 35 años.
- Jefferson Damian Suárez Siachoque, 29 años.
- Jhon Sebastián Suárez Siachoque, 23 años

(...).

Refiere que su esposa falleció el día 10 de octubre del año 2020 por motivo de una cirugía en la ciudad de Girardot.

En cuanto a las pertenencias de su esposa afirmó conservarlas, aunque no las mostró o aportó; sin embargo, mostró el álbum familiar donde departe con la causante en diferentes eventos sociales (todas antiguas). Alude que los gastos fúnebres fueron costeados por un seguro exequial del cual es titular.

Referente a la pregunta de Colpensiones: El solicitante manifestó que la razón es porque su esposa estaba de paseo y después de una cirugía que le realizaron fue a Flandes a visitar a su familia y se enfermó por lo que la llevaron a la clínica de Flandes. Mencionó que la causante llevaba dos meses en la casa de su hermana debido a que por su enfermedad era necesario que estuviera en tierra caliente y que él la visitaba cada vez que podía viajar, sin embargo, es importante mencionar que no sabía la dirección ni el barrio, la información fue aportada por un hijo, al igual que los contactos de los familiares, y las fotografías recientes, el solicitante estuvo nervioso durante la visita y evasivo con algunas preguntas.

(...)

Se entrevistó a la señora Rosa Isley Siachoque Romero, (...), de parentesco hermana de la causante. Informa que la señora María Nelfi Siachoque Romero, se encontraba viviendo en su casa por motivos de salud, debido a que sufría de hipertensión, aseguró que la causante estaba casada con el señor Carlos Julio Suárez Carranza, indicando que la pareja nunca se separó, que el lugar de convivencia de la pareja se

dio en la ciudad de Bogotá y debido a la enfermedad la causante estaba aproximadamente 2 meses antes de fallecer en Flandes, donde se complicó su estado de salud y fue trasladada a la clínica Famisanar de Girardot donde falleció. Informó que la causante era beneficiaria a la EPS del solicitante.

(...)

Se entrevistó a la señora Luz Stella Leal, (...) quien informó que reside en el sector hace 4 años, afirmando que es el mismo tiempo que distinguió a la causante, viviendo en el sector junto a una hermana una sobrina y 2 sobrinos, informó que la causante, laboraba como empleada doméstica, fallece por enfermedad – hipertensión en una clínica de Girardot, comentó que la causante tenía esposo al cual ella conoció en el sepelio de la causante. Comentó que la señora María Nelfi Siachoque Romero, iba a la ciudad de Bogotá a visitar a los nietos y volvía, que el lugar permanente de domicilio era en Flandes - Tolima. Al preguntarle por el señor Carlos Julio Suárez Carranza, indica no conocerlo.

(...)

Se presenta contradicción en la versión aportada por la hermana de la causante y la vecina en los tiempos de permanencia en el sector de la causante.

También se percibe que la dirección aporta por el solicitante fue dada de manera errónea con intención, de que no se realizara labor de campo, por ser un lugar muy peligroso. Ya que la dirección real de domicilio de la causante no coincide.

También se observa que durante la entrevista con la vecina Luz Estela Leal, la señora Rosa Siachoque, hermana de la causante se pone a hacerle señas a la vecina a espaldas de la investigadora.

Se contactó a la señora Rosa Siachoque, (...) hermana de la causante, mencionó que se encontraba casada con el señor Carlos Julio, refiere que nunca estuvieron separados, y que su familiar falleció en Flandes, ya que por temas de salud tuvo que radicarse en ese lugar, y que su esposo por temas laborales no pudo radicarse con ella, la visitaba, pero seguían siendo pareja.

De igual manera se entrevistó a la señora Luz Marina Siachoque (...) de parentesco hermana de la causante, manifestó que su hermana estaba casada con el señor Carlos Julio Suárez Carranza. La señora Luz Marina Siachoque no brindó información, manifestó en varias oportunidades que mejor contactara al solicitante para brindar cualquier información (se escucha una persona en el fondo que dirigía a la entrevistada para no dar información). La señora Luz Marina Siachoque luego indicó que no se habían separado, al preguntarle por qué razón el esposo no estaba con ella cuando falleció, no brindó información certera.

Se entrevistó a la señora María Adili Franco Romero, (...) confirma que fue hermana de la causante por parte de madre, indicó que su familiar estaba casada con el señor Carlos Julio Suárez Carranza por más de 30 años de los cuales nunca estuvieron separados, refiere que su hermana llevaba 2 meses en Flandes debido a que por temas de tensión alta y recomendación médica llevaba 2 meses radicada con su hermana, pero que seguía teniendo comunicación con su esposo quien la visitaba.

No se logró establecer comunicación con las señora María Isabel Marques al teléfono (...) ni con la señora Alejandra Salas al teléfono (...), testigo extra juicio, a las cuales se le dejó mensaje y no se obtuvo respuesta.

De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se logró establecer si el señor Carlos Julio Suárez Carranza y la señora María Nelfi Siachoque Romero, convivieron desde el 16 de junio del 2001 hasta el 10 de octubre del 2020, fecha que fallece la causante, sin interrupciones, debido a los siguientes aspectos:

- *Las fotografías aportadas por el solicitante son antiguas y no demuestran línea de tiempo reciente al fallecimiento del causante.*
- *Se evidencia controversias en la versión del solicitante frente al testimonio aportado por una vecina, quien indicó que la causante residía hace 4 años en el barrio Las Rosas en el municipio de Flandes – Tolima.*
- *Se presenta contradicción en la versión aportada por la hermana de la causante y la vecina en los tiempos de permanencia en el sector de la causante.*
- *Se percibe que la dirección aporta por el solicitante fue dada de manera errónea con intensión, de que no se realizara labor de campo.*
- *En las labores de campo, se observó que durante la entrevista a una vecina, hermana de la causante le hace señas a la entrevistada a espaldas de la investigadora, por lo que presume, confabulación.*
- *El solicitante no brindó la fecha exacta en la que su esposa viajó a Flandes – Tolima...” (Archivos 14 y 26).*

En el curso del proceso, al absolver interrogatorio de parte, el demandante, informó que, su esposa fue operada en el año 2020 de la matriz y estuvo en recuperación en el apartamento, pero le dio una tos muy fuerte y no soportaba el clima y de común acuerdo con él y los hijos, decidió que se iba para Girardot donde las hermanas, allá se recuperó un poco, pero recayó en salud, fue hospitalizada el 06 de octubre de 2020 y en una cirugía que le hicieron el 10 de octubre de 2020, ella no aguantó la operación; que vivieron en arriendo desde 1984 hasta 1996, ahí tuvieron 2 hijos y en 1997, cuando ya habían comprado el apartamento en Soacha, nació su tercer hijo; que, él trabajó en muebles Dini hoy Fioti, por 18 años y María Nelfi comenzó a trabajar en 1992, en RICHI, por lo que, al comienzo el sostenía el hogar, pero cuando ella trabajó entre ambos asumieron los gastos; que, en enero 2007, ella decidió irse para Puerto Trujillo a montar un negocio, lo hablaron y acordaron que se llevara al hijo menor, él se quedó en Soacha con los 2 hijos mayores; que, no convivieron bajo el mismo techo desde el 2007, pero él viajaba a visitarla y ella también venía a Soacha y también iban a Flandes; que, en el 2010 compraron una casa en Puerto Trujillo - Meta, pusieron un negocio de comidas para las Compañías Petroleras, que la causante atendía; que, el actor, por cuestiones de trabajo, no pudo estar con su cónyuge el día de su fallecimiento, pues, trabaja en seguridad y no había personal que lo reemplazara; que, él tenía un seguro exequial y estuvo a cargo de todos los gastos funerarios; que, el actor, tenía afiliada a la fallecida al Sistema de Salud, como beneficiaria.

También declararon en el proceso CARLOS EDUARDO RODRÍGUEZ DÍAZ, dijo ser amigo y vecino del demandante, a quien conoce porque, su esposa es compañera de trabajo de una hermana de él, entonces iban frecuentemente a Tocaima de donde son oriundos el actor y la causante, además que, la pareja compuesta por CARLOS SUÁREZ y MARÍA SIACHOQUE, compraron un apartamento en Soacha para el año 1995 o 1996 y allí se veían frecuentemente; que, el testigo no estuvo en las exequias de la causante, por las restricciones de la pandemia y no pudieron acompañar al actor; que, cuando la señora SIACHOQUE ROMERO, falleció estaba en Flandes y el actor, estaba viviendo en Soacha; que, por necesidades económicas, la fallecida y el hijo menor se fueron a trabajar a otro lado, pero que, la pareja,

durante el tiempo que él los conoció vivía en Soacha, después, por cuestiones de salud, ella se fue para Flandes, y que la última vez que la vio fue en el año 2020; que, el actor, le comentó en una oportunidad, que por temas de salud, le había recomendado a la causante irse para tierra caliente, por eso estaba donde las hermanas en Flandes, y, el actor, cuando tenía sus permisos de trabajo, la visitaba como cada mes; que, el demandante, se hizo cargo de todos los gastos exequiales y apenas se enteró del fallecimiento de su esposa se fue para allá; dijo el testigo, no haber visto al actor, con otra pareja, ni antes ni después del fallecimiento de María Nelfi.

FLOR MARINA VILLABON RAMIREZ, dijo ser esposa de un sobrino del demandante; indicó que, conoció al demandante y su esposa en el año 1996; que, la señora MARIA NELFI, por necesidades económicas había decidido irse con el hijo pequeño para Puerto Trujillo – Meta, pero ellos se frecuentaban, el actor iba allá y ella también venía a Soacha; que, al demandante, no se le conoció una pareja diferente, ni siquiera después de la muerte de Nelfi; que, por problemas de salud, la causante se trasladó en el año 2020 a Flandes – Tolima, donde falleció; que, antes del 2020 vivió en Soacha e incluso fue operada en Bogotá, pero se le recomendó, por sus quebrantos de salud, vivir en tierra caliente, pero durante toda su enfermedad estuvo asistida por el actor y sus hijos; que, el actor, trabaja en seguridad y por los turnos que manejaba, no se pudo ir con la fallecida para Flandes, pero sí iba a visitarla; que, el demandante, se encargó de todos los gastos exequiales; dijo la declarante, que estuvo presente en el matrimonio de Carlos Suárez y María Nelfi Siachoque, pero nunca escuchó ni supo que se hayan divorciado o separado; manifestó no tener claras las fechas en que la causante se trasladó para Puerto Trujillo – Meta y Flandes – Tolima, sin embargo, dijo que, creía que a este último municipio la causante, posiblemente se había trasladado en el año 2010; que, MARIA NELFI trabajó muchos años en Medias RICHI, y cuando salió de allá, la situación económica se puso pesada, por eso decidió irse para Puerto Trujillo – Meta.

CARMENZA MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, manifestó ser compañera de trabajo y amiga de la causante; que, MARÍA NELFI SIACHOQUE, trabajó en Medias RICHI, desde 1992 y se retiró en el 2004; que, la causante vivía en Soacha y por la amistad muy cercana que tenía, frecuentaba su casa en San Carlos Soacha, donde la fallecida vivía con su esposo Carlos Suárez; que, después de salir de la Empresa, la causante, se dedicó al hogar y por un tiempo, de común acuerdo con el demandante, porque la situación económica se puso difícil y estaban pagando la casa, ella hacia el año 2006 o 2007, se trasladó a Puerto Trujillo - Meta, donde un familiar le ofreció trabajo, pero ya era algo más informal atendiendo un negocio y el acuerdo era que tanto el actor, como la fallecida debían estar en contacto permanente; que, la señora MARIA NELFI, regresó definitivamente a Bogotá, aproximadamente para el año 2017, vendieron todo lo que tenían en Puerto Trujillo, porque, la señora madre de la causante se enfermó y entonces ésta regresó a su casa, donde siempre vivió con el demandante; que, la última vez que la testigo habló con la fallecida fue en el año 2020, cuando le comentó que se estaba recuperando de una cirugía que le habían realizado en Bogotá, luego se trasladó para julio o agosto de 2017 para Flandes y supo que falleció en Girardot; que, desde

que conoció a la causante, ésta le manifestó la buena relación y amor que se tenía con su esposo.

Así las cosas, analizado el material probatorio en su conjunto no cabe duda para la Sala, que, contrario a lo manifestado por COLPENSIONES, dentro del presente asunto, sí se encuentra demostrada la convivencia ininterrumpida de MARÍA NELFI SIACHOQUE RAMOS y CARLOS JULIO SUÁREZ CARRANZA, por lo menos desde el año 1985 cuando tuvieron su primer hijo, Carlos Andrés Suárez Siachoque, y hasta el 2007, cuando la causante y su hijo menor, se trasladaron al municipio de Puerto Trujillo – Meta, por razones de trabajo, pero permanecía en contacto con su esposo y sus dos hijos mayores, retornando en el año 2017, al municipio de Soacha – Cundinamarca, donde vivió con el demandante, hasta el 2020, cuando, por cuestiones de salud, la señora SIACHOQUE RAMOS, se fue a vivir con sus hermanas a Flandes – Tolima, tal y como lo informó el actor al absolver interrogatorio de parte y fue ratificado por los testigos, especialmente la señora Carmenza Martínez Gutiérrez, quien fue clara, precisa y contundente en señalar que, los esposos SIACHOQUE – SUÁREZ, fueron una pareja estable, que se brindaba apoyo y ayuda mutua, guardándose fidelidad el uno al otro, pese a la separación que por asuntos de tipo económico, obligó a la causante a ausentarse de su hogar; además debe tenerse en cuenta que el vínculo matrimonial se mantuvo vigente hasta el 20 de octubre de 2020, fecha de fallecimiento de la causante.

Teniendo en cuenta lo anterior, y por cumplirse con las exigencias fijadas por el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, es por lo que, se confirmará la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES, por haberle sido desfavorable la alzada. Se confirman las de Primer Grado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 24 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **CARLOS JULIO SUÁREZ CARRANZA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado
ACLARO VOTO


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL Proceso: 1100131050 35 2021 00215 01
CARLOS JULIO SUÁREZ CARRANZA contra COLPENSIONES.

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

Con el respeto que debe imperar, aclaro voto en la decisión tomada por la Sala al resolver el recurso de apelación en el proceso de la referencia.

Lo anterior, en tanto de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la convivencia mínima de 5 años para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge o compañero permanente, es exigible únicamente cuando el causante de la prestación es un pensionado.

Aserto al que llegó tras analizar lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, en armonía con la exposición de motivos de la disposición y los fines de la pensión de sobrevivientes, para fijar así su verdadero alcance, el cual fue acogido de forma mayoritaria, en las sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL36266-2020, CSJ SL5270-2021, CSJ SL489-2021, CSJ SL1905-2021, y CSJ SL2222-2021.

A dicha conclusión arribó inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1730-2020, no obstante, en sentencia SU-149-2021, la Corte Constitucional dispuso dejar sin efectos dicha providencia; empero, el suscrito ha acogido la postura mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la interpretación del precepto contenido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por considerarla una interpretación adecuada y razonable.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105028202100225-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el seis (6) de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALIRIO PEÑA TAPIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

ANTECEDENTES

Alirio Peña Tapia, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A., que siempre estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, en consecuencia, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el monto total de lo ahorrado en la cuenta individual, junto con los rendimientos, intereses y demás frutos que hubiese recibido a título de cotizaciones, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que cotizó para riesgos al ISS hoy COLPENSIONES, que a partir del 1 de julio de 2002 fue trasladado incumpliendo el deber de información, que el 5 de marzo de 2021 solicitó a PORVENIR documentación relativa al traslado, a lo que se dio respuesta indicando que no existe reporte documental, que el 15 de abril de 2021 ante COLPENSIONES solicitó la nulidad del traslado, en la misma fecha la entidad dio respuesta de que no era procedente el trámite.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma la demandada COLPENSIONES, dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas, todo lo contrario, sucede con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a quien se le dio por no contestada la demanda, toda vez que no allegó escrito de contestación de la demanda. (Archivo 11AutoTienePorContestadaLaDemanda.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denominó; prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica. (Archivo 07ContestacionColpensiones.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el seis (6) de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen realizada por el demandante al RAIS el 1 de junio de 2002 a través de PORVENIR S.A. y como afiliación válida la del RPM administrado por COLPENSIONES, condenar a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, costas de esta instancia a cargo de la demandadas.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: para que se revoque el fallo de primera instancia en su integridad, declarando que la afiliación fue valida, toda vez que cumple con los requisitos establecidos en la normatividad vigente, el demandante firmo el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, además el demandante no es beneficiario del régimen de transición, COLPENSIONES no participo del acto jurídico entre el demandante y PORVENIR, convirtiéndola en una tercera afectada, en caso de confirmarse y ante los evidentes perjuicios por descapitalización, se condene a la AFP a pagar un cálculo actuarial proporcional equivalente al valor de la totalidad de las mesadas pensionales a pagar, teniendo en cuenta la expectativa de vida del demandante y de sus beneficiarios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente COLPENSIONES solicito se absuelva a la entidad, para lo cual como fundamentos jurídicos y jurisprudenciales mencionó, el art. 2 de la Ley 797 de 2001, art. 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 3800 de 2001, inciso 4 art. 36 Ley 100 de 1993, sentencia C 789 de 2002 y art. 3 Decreto 3800 de 2001, sentencia C-1024 de 2004 y sentencia STC8762-2017 M.P. Álvaro Fernando García radicación No. 76001-22-03-000-2017-00209-01. Las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a responder por un cálculo actuarial. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 16 de abril de 2021, donde solicito vinculación al RPM (Archivo 01Demanda.pdf, fls. 25 a 27).

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la

seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril

de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente

información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el once (11) de febrero de 1964 (archivo GEN-DDI-AF-2019_799556-20190121025254.pdf, carpeta 08ExpedienteAdministrativo.zip), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 1 de febrero de 1998 al 31 de mayo de 2002 un total de 198.29 semanas (Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2152-20211210094217.PDF, carpeta 08ExpedienteAdministrativo.zip), iii) que el un (1) de junio de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A.

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

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

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

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

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

Continuando con lo que es tema de apelación, frente al cálculo actuarial pretendido por la demandada COLPENSIONES, lo cierto es que fue otorgado la devolución del haber en la cuenta individual del demandante, junto con los rendimientos y sin descuento alguno por administración o algún tipo de seguro.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el un (1) de junio de 2002 se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el seis (6) de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ALIRIO PEÑA TAPIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 28 2021 00225 01 DE ALIRIO PEÑA
TAPIA CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó PEÑA TAPIA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105030202100249-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de trabajo – Aportes Sistema General de Pensiones No Cotizados por Empleador- No Cobertura ISS.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada PRIMAX COLOMBIA S.A., en contra de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARGARITA ROSA REYES MONROY** en contra de **PRIMAX COLOMBIA S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, así como resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de esta última.

ANTECEDENTES

MARGARITA ROSA REYES MONROY, promovió demanda ordinaria laboral en contra de PRIMAX COLOMBIA S.A. y COLPENSIONES, para que, se declare que, tiene derecho al reconocimiento y pago de la reserva actuarial conformada por los aportes a pensión que ESSO COLOMBIANA LIMITED debió aprovisionar del 02 de agosto de 1989 al 31 de enero de 1992; que, se condene a PRIMAX COLOMBIA S.A. antes ESSO COLOMBIANA LIMITED, a pagar a favor de COLPENSIONES, la reserva actuarial, por el tiempo servido a esa Compañía, entre el 02 de agosto de 1989 y el 31 de enero de 1992; condenar a COLPENSIONES a actualizar su historia laboral, incluyendo los aportes del periodo mencionado; así mismo que se ordene el pago de las costas procesales, incluidas las agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, estuvo vinculada mediante contrato de trabajo con ESSO COLOMBIANA LIMITED

hoy PRIMAX COLOMBIA S.A., del 02 de agosto de 1989 al 31 de enero de 1992; que, durante la relación laboral, su empleador, no la afilió a Seguridad Social, ni pagó los aportes a pensión, tampoco hizo el aprovisionamiento del capital necesario para cubrir el valor de las cotizaciones a pensión, conforme a lo establecido en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946.

Indicó que, en el año 2014, requirió a EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. hoy PRIMAX COLOMBIA S.A., para que efectuara el pago de los aportes requeridos, y, además, formuló acción de tutela, que le correspondió al Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá, quien, mediante fallo del 20 de mayo de 2020, la declaró improcedente por existir otro mecanismo judicial para acceder al derecho pretendido (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, **PRIMAX COLOMBIA S.A.**, presentó escrito de contestación, negó todos los hechos y se opuso a las pretensiones, al considerar que, esa Compañía no tenía la obligación legal de llevar a cabo el aprovisionamiento de capital por concepto de los aportes con destino al Instituto de Seguros Sociales, ya que, la Ley 90 de 1946 estableció en Colombia un sistema de subrogación de riesgos al Instituto de Seguros Sociales, de origen legal, por lo tanto, como no existía la obligación de afiliación y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social para la época de la relación laboral con la demandante, seguía vigente la obligación a cargo de la Empresa, de efectuar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación; y, posteriormente, sólo a partir de la Ley 100 de 1993 se creó la obligación consistente en aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente. No obstante, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la actora, ya no se encontraba vinculada con ellos; que, si en gracia de discusión se efectuare condena alguna en su contra debe tenerse en cuenta la normativa que se encontraba vigente durante el periodo comprendido entre el día 02 de agosto de 1989 y el 31 de enero de 1992, particularmente en lo relativo a los toques máximos de cotización (salarios máximos asegurables) y, así mismo, en lo referente al componente compartido de la realización de los aportes al Sistema de Seguridad Social. Esto, por cuanto sería obligación de la extrabajadora, asumir el valor porcentual correspondiente del cálculo actuarial, ya que, así como la Compañía no efectuó el pago de los aportes al ISS, tampoco efectuó los descuentos proporcionales al trabajador quien, por ende, tiene la responsabilidad de asumir dicho valor. Propuso las excepciones de inexistencia de obligación pendiente, no se cumplen los requisitos para la expedición de cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES, aplicación del principio de confianza legítima y seguridad jurídica, buena fe, naturaleza bipartita del aporte y enriquecimiento sin causa, prescripción, concurrencia de la obligación de pago del cálculo actuarial y la genérica (Archivo 04).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, también contestó oportunamente la demanda, dijo no constarle ninguno de los hechos de la misma y se opuso a todas y cada una de las pretensiones, pues, no cuenta con legitimación en la causa, esto, por cuanto la responsabilidad en el pago de las cotizaciones es exclusiva del empleador, y por lo tanto, es a él a quien el trabajador deberá requerir, ya que en estos casos no existe obligación por parte de esa Administradora de realizar las acciones de cobro pertinentes, ante la ausencia de mora, careciendo COLPENSIONES, de título legal para promover trámite alguno contra los empleadores omisos, por cuanto no sería jurídicamente viable cobrar cotizaciones respecto de un trabajador que no pertenece al Sistema de Seguridad Social. Formuló las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (Archivo 05).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a PRIMAX COLOMBIA S.A., en calidad de empleador de la actora, a pagar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, administrado por COLPENSIONES, el valor de los aportes que determine el cálculo actuarial, por el tiempo comprendido entre el 02 de agosto de 1989 y el 31 de enero de 1992, indicando los salarios correspondientes a cada anualidad; condenó a COLPENSIONES, a realizar el cálculo actuarial por el tiempo que no se realizaron las cotizaciones durante el periodo de trabajo ya mencionado, a favor de la demandante y conforme a la certificación de salarios aportada por PRIMAX COLOMBIA S.A.; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y condenó a PRIMAX COLOMBIA S.A., al pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte demandada PRIMAX COLOMBIA S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que, esa Compañía, no debe ser condenada al pago del cálculo actuarial pretendido por la demandante, entre el 02 de agosto de 1989 y el 31 de enero de 1992, ya que, como empleador, actuó amparado en las disposiciones vigentes para la época de la relación laboral, resultando ilegítimo que la administración de Justicia, sancione su actuar; que, PRIMAX COLOMBIA, siempre ha actuado de buena fe, por lo que, no tiene justificación ninguna que deba asumir cálculos actuariales onerosos, por sus trabajadores, que no estaban vinculados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que, para la aplicación del cálculo actuarial, no se debe desconocer el Decreto 1887 de 1994 y el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, donde se exigía que la relación laboral estuviese en vigente, a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones, lo que no ocurre en este caso, donde la actora, ya no

se encontraba vinculada con la Empresa, por lo que, ésta tenía una simple expectativa de derecho, que sólo se consolidaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales; que, no se puede crear en cabeza del empleador una obligación ya extinguida, ya que, atenta contra el principio de seguridad jurídica; que, la afiliación al Sistema Pensional de los trabajadores de la industria del petróleo con independencia del área o lugar donde prestaran sus servicios, sólo fue forzosa a partir del 01 de octubre de 1993, dependiendo de ciertas zonas geográficas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, PRIMAX COLOMBIA S.A., dijo que, si bien la demandante, ingresó a la Compañía, el día 02 de agosto de 1989 para desempeñar el cargo de secretaría bilingüe, respecto de la fecha de terminación del contrato de trabajo, no ha sido posible obtener certeza del día de finalización del vínculo laboral, en la medida que, dentro de los documentos que reposan en sus archivos no fue posible establecerlo; que, el último salario devengado, por ésta, al 11 de mayo de 1991 fue la suma de \$67.000, cumpliendo como empleador, con todas las obligaciones laborales contractuales y legales, a su cargo, en vigencia y a la terminación de la relación laboral sin que quedase en mora por ningún concepto; que, durante los periodos en los que la actora, estuvo vinculada con ella, la Empresa, no se encontraba obligada en afiliar a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social manejado por el ISS por cuanto, al igual que las demás compañías de la industria petrolera, nunca fueron llamadas a efectuar la afiliación y, por ende, tenían a su cargo el aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que, la demandante, no cumplió con ninguno de los supuestos de hecho aplicables para que se le reconociera una prestación económica por pensión y que, en esa medida, al terminarse el contrato de trabajo, PRIMAX no se encontraba en la obligación de efectuar los aprovisionamientos de esos dineros.

COLPENSIONES, reiteró su falta de legitimación en la causa y advirtió que, procederá a realizar el cálculo actuarial de acuerdo a lo ordenado por el Juez de Primer Grado; por cuanto son la parte actora y su empleador, quienes deben probar su respectiva relación laboral y contractual para así determinar si realmente los periodos que informa la parte actora existen o no y posteriormente deban ser tenidos en cuenta dentro de su historia laboral.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala, a resolver el recurso de alzada y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la demandada PRIMAX COLOMBIA S.A., la Sala, estudiará la obligación de afiliación y cotización de trabajadores que prestaron servicios en municipios sin cobertura del Instituto de Seguros Sociales y la forma de financiamiento de dicha prestación.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Quedo demostrado en el proceso y no fue objeto de alza, que, MARGARITA ROSA REYES MONROY, laboró para ESSO COLOMBIANA LIMITED hoy PRIMAX COLOMBIA S.A., desde el 02 de agosto de 1989, y hasta el 31 de enero de 1992, desempeñando el cargo de secretaria bilingüe (Archivos 01 y 04).

DE LA OBLIGACIÓN DE AFILIACIÓN Y COTIZACIÓN DE TRABAJADORES QUE PRESTARAN SERVICIOS EN MUNICIPIOS SIN COBERTURA DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Sea lo primero señalar que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sostuvo anteriormente, que en aquellos casos en que un trabajador que había laborado para un empleador en una región del país en la que no había iniciado aún la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del Instituto de Seguros Sociales, el empleador estaba excluido de responsabilidad frente a las cotizaciones por el tiempo que el trabajador hubiese estado sin cobertura por concepto de los aportes para dichos riesgos previsionales, pues, tal obligación sólo había surgido en el momento en que el ISS asumió dicho riesgo, tal postura fue recogida en la sentencia SL9856 Radicación 41745, del 16 de julio de 2014, en la que consideró necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes y determinó que el empleador, está llamado a responder al Sistema de Seguridad Social por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, y solo en ese evento libera su responsabilidad frente al deber que le corresponde, posición que viene siendo reiterada, entre otras, en las sentencias CSJ SL14388-2015, CSJ SL2138-2016, CSJ SL18398-2017, CSJ SL361-2018- CSJ SL287-2018, CSJ SL358-2018, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1356-2019.

En efecto, en aquella oportunidad se afirmó que no era dable aducir la inexistencia de una disposición que estableciera el pago de cotizaciones por parte del empleador, por aquellos periodos en que no había surgido cobertura, ya que ello desconocía que el trabajador *“no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen*

una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”, por lo que, esa omisión legislativa no resultaba razonable. Precisando además respecto a la sunción de los riesgos de IVM por parte del ISS lo siguiente “Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.”

Y es que no puede desconocerse que con antelación a la expedición de la Ley 90 de 1946 por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el empleador asumía el pago de las pensiones de jubilación, siendo a partir de esa Ley que se previó la posibilidad de que dicho ente de seguridad social subrogara de manera gradual la contingencia de vejez, debiendo las empresas conforme lo previsto en los artículos 72 y 76 ibidem, aportar las cuotas proporcionales correspondientes al tiempo de servicios trabajado.

Por lo expresado no puede ser otra la interpretación ante dicha situación, ya que el traslado de las contingencias de invalidez, vejez y muerte del empleador al Seguro Social no implica que previo a éste, no existieran obligaciones prestacionales a cargo del empleador, en tanto el deber pensional era asumido por él, antes de que dicha Entidad, iniciara la cobertura masiva de los mencionados riesgos.

Entonces, debe tenerse en cuenta que el tiempo de servicios sin cotizar por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, no puede ser ignorado por el empleador, ya que, se insiste, éste conservó una responsabilidad de financiamiento respecto del trabajador, que se traduce en el pago de un título pensional (cuya denominación y determinación variará dependiendo del régimen al cual se encuentre vinculado el trabajador) y sería inequitativo e injusto para los trabajadores que, por la falta de la materialización de la relación jurídica de afiliación y cotización se les genere un perjuicio y se afecte su expectativa pensional, lo cual va en contravía de la naturaleza del derecho fundamental a la y a todos los postulados tanto de orden constitucional como legal sobre los que se cimenta la seguridad social, no siendo indispensable para la transferencia de tales recursos que el trabajador deba tener derecho a una pensión, sino que simplemente por

tratarse de derechos irrenunciables procede el pago de tales periodos no cotizados.

Al tema oportuno resulta traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1356 de 2019, Radicación 74321 del 3 de abril de 2019, en la que puntualizó:

“El problema jurídico que debe desatar la Sala consiste en establecer si la empresa demandada debe asumir el costo del cálculo actuarial del periodo comprendido entre el 19 de diciembre de 1977 y el 20 de diciembre de 1987, pese a que no estuvo obligada a afiliar al accionante al ISS durante dicho lapso.

Con ese objeto, conviene señalar que a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL 41745, 16 jul. 2014, la postura que adoptó esta Corporación, es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

Ello implica que en los periodos no cotizados por falta de cobertura, son ellos – los empleadores- quienes asumen a través de un cálculo actuarial las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones.

(...)

*Así, los empleadores que no habían recibido el llamado a la afiliación de sus trabajadores en virtud de la subrogación paulatina de los riegos a cargo del ISS, no se encontraban exentos de responsabilidad de cara al sistema de pensiones, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, es el traslado del cálculo actuarial el que permite la consolidación del derecho a cargo del ente de seguridad social. **Incluso, así la densidad de semanas sea insuficiente para acceder una prestación periódica de jubilación, el aludido cálculo actuarial tiene que incorporarse en aras del cómputo de la pensión, dado que es parte de los derechos irrenunciables del trabajador derivados de la seguridad social.”***

Continuando con los puntos objeto de censura, cuestiona la demandada, el hecho de acudir al cálculo actuarial a efectos de satisfacer los periodos laborados no cotizados por el empleador, indicando que al estar regulados en la Ley 100 de 1993, la misma contempla como requisito para su procedencia el que el vínculo laboral se encontrara vigente al 23 de diciembre de 1993 o iniciara con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, aspecto éste sobre el cual también ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Máxima Corporación Laboral en distintas ocasiones, entre ellas, en la sentencia del 28 de noviembre de 2018, SL5535-2018, Radicación 71716, cuyos argumentos acoge en su integridad este Colegiado

y al hacerlos suyos permiten controvertir los esbozados en la alzada relacionados con el alcance e interpretación de dichos artículos que la Corte Constitucional ha realizado incluso por vía de tutela, y la presunta irretroactividad de la ley, al respecto precisó:

“... Y es que no es de recibo el argumento según el cual la vigencia del contrato de trabajo al momento de comenzar a regir la ley de seguridad social, es condición necesaria para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, pues desde las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013 y CSJ SL646-2013, reiteradas en SL2138-2016, la Corte ya ha justificado la necesidad de inaplicar ese condicionamiento por ser contrario a los postulados de la seguridad social. En la última sentencia se expresó:

(...) Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014 (...).

Así las cosas, contrario a lo manifestado por la demandada, el cálculo actuarial no puede depender de si la relación laboral se encontraba o no vigente al momento de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues la obligación de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones es permanente e incondicional; y, en todo caso, no puede éste, considerarse una carga desproporcionada o por fuera de la ley, puesto que, con ello lo que se busca es garantizar el derecho fundamental a la Seguridad Social de los trabajadores, que no pueden ver perjudicado su derecho pensional por la falta de cobertura del ISS, especialmente tratándose de periodos laborados y que deben tenerse en cuenta para estos efectos.

De otra parte, es necesario aclarar que, el empleador debe asumir la totalidad del título pensional durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura, comoquiera que, es el único responsable del riesgo pensional, por tal motivo no resulta procedente que el valor de éste sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales; máxime cuando el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 no establece la

contribución por parte del trabajador del título pensional, pues la expedición de dicho pagaré está a cargo del empleador de forma exclusiva.

Ahora, en relación con la obligación de COLPENSIONES, de elaborar el cálculo actuarial, resulta oportuno traer a colación lo señalado por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4132 del 15 de noviembre de 2022, en la que al respecto indicó:

“en términos generales el «cálculo actuarial» está referido a una modalidad de las matemáticas aplicadas que se utiliza para predecir o tratar de simular hechos económicos específicos atendiendo a sus posibles consecuencias y a los costos que estas supondrían (CSJ SL2798-2022), lo cual en el ámbito que se examina, consiste en el «[...] valor presente de las obligaciones futuras a cargo de las administradoras de pensiones que le permiten contar con los valores para pagar mensualmente la pensión hasta el último sobreviviente con derecho, el cual está integrado por los bonos pensionales y los títulos pensionales de deuda pública» (CE, 28 feb. 2013, rad. 0708-9).

Por tanto, como tal instrumento, para el caso, tiene por objeto cubrir los períodos no cotizados, integrando el capital que se requiere para que el sistema reconozca y pague la pensión, no es suficiente la realización de mencionado cómputo, sino que se precisa del «pago del valor actualizado» de tal «título pensional», por tanto, se requiere: i) que Colpensiones elabore el cálculo referido y, ii) que Primax Colombia S. A. y (...) paguen al sistema de seguridad social en pensiones, el porcentaje de lo calculado que corresponde a cada uno..”

Téngase en cuenta que COLPENSIONES, como Administradora del régimen pensional al cual se encuentra afiliada la actora, es quien debe entonces efectuar las proyecciones del valor de las cotizaciones o periodos no cotizados, para determinar con toda precisión y claridad cual es el valor del capital necesario para el financiamiento de la pensión del trabajador, por lo que, resulta igualmente acertada la decisión del *a quo*, en cuanto le impuso esta obligación a esa demandada.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia objeto de apelación y consulta.

Costas en la alzada, a cargo de la demandada PRIMAX COLOMBIA S.A. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por **MARGARITA ROSA REYES MONROY** en contra de **PRIMAX COLOMBIA S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme las razones

expuestas con anterioridad.

SEGUNDO: COSTAS en la alzada a cargo de la demandada PRIMAX COLOMBIA S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202100251-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el diecisiete (17) de febrero de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **IRMA YOLANDA CASTAÑEDA PANQUEVA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

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

ANTECEDENTES

IRMA YOLANDA CASTAÑEDA PANQUEVA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare la nulidad de la vinculación de la demandante al RAIS a través de COLFONDOS, en consecuencia, ordenar a PROTECCIÓN el traslado de la demandante al RPM, enviando los saldos de la cuenta pensional, debiendo reembolsar los cobros y gastos de administración descontados de los aportes, declarar que COLPENSIONES debe aceptar la vinculación al RPM, recibiendo el traslado de los aportes,

rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, como si nunca hubiera existido el traslado de régimen, aplicar las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que prestó sus servicios como empleada del Ministerio del Interior, vinculada al RPM hasta el 14 de septiembre de 1994, fecha en la que suscribió vinculación con el RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCIÓN, que los asesores de las entidades no dieron la información adecuada, que solicito ante COLPENSIONES afiliarse al RPM el 15 de noviembre de 2019, lo cual fue negado.

Contestación de la demanda

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

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 06ContestacionDemandaColfondos.pdf).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, innominada o genérica, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (archivo 05ContestacionDemandaProtección.pdf).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de Sostenibilidad Financiera del Sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica. (archivo 07ContestacionDemandaColpensiones.pdf).

Por último, **PORVENIR S.A.**, en su defensa propuso las siguientes excepciones; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, innominada o genérica. (archivo 12ContestacionDemandaPorvenir.pdf)

En auto del 12 de agosto de 2022 se ordenó vincular a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, quien al contestar propuso las excepciones que denomino; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, innominada o genérica. (archivo 19ContestacionDemandaUGPP.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el diecisiete (17) de febrero de 2023 por el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por COLFONDOS y por ende PORVENIR y PROTECCIÓN, condenar a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido entre el 1 de octubre de 1994 al 30 de septiembre de 1998, junto con los rendimientos causados y pagados a la administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, incluidos los gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado, se autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR con ocasión del traslado de fondo solicitado por el demandante el 1 de octubre de 1998, condeno a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido entre el 1 de octubre de 1998 al 28 de febrero de 2000, con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados, sin descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, incluidos los gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, se autoriza efectuar el descuento del dinero transferido a la AFP PROTECCIÓN con

ocasión al traslado de fondo, condenar a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administración sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, incluidos los gastos administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, condenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RPM como si nunca se hubiese trasladado de régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas al RAIS, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenar en costas a COLFONDOS. (archivo 29ActaAudiencia.pdf)

De los recursos de apelación

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva, argumentó que: el traslado realizado por la demandante es válido, en virtud al formulario de afiliación como único requisito legal para dicho momento, por lo que, el formulario tiene unas consecuencias las cuales no deben ser desconocidas, máxime, cuando la entidad generó unos rendimientos financieros del aporte de la demandante, siendo un despropósito condenar al traslado de aportes y rendimientos, los cuales ya fueron trasladados al fondo pensional al cual se encuentra afiliada actualmente con PROTECCIÓN, frente a la devolución de deducciones realizadas del aporte, es importante, mencionar que la entidad realizó los cubrimientos establecidos en la ley frente a la vinculación de la demandante, y no deben ser objeto de devolución, por último, la indexación no procede ya que se dieron rendimientos compensándose.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; los requisitos de los regímenes pensionales se encuentran en la ley, la cual es de conocimiento público, sin que entonces pueda alegarse su desconocimiento, se evidencia, que lo pretendido por la demandante es obtener una mesada pensional superior, además, se encuentra inmersa en una prohibición legal, para trasladarse cuando le falta menos de 10 años para adquirir su derecho pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente apoderado de la demandada PORVENIR solicito se revoque el fallo en su integridad, manifestó que la afiliación de la demandante se había dado de forma libre y voluntario, ya que se cumplieron con las obligaciones legales para dicha época, que en caso de que se confirme se de aplicación a las restituciones mutuas, por su parte, la UGPP reitero que la entidad no se encuentra legitimada para actuar por pasiva, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 15 de noviembre de 2019, donde le fue solicitado el traslado al RPMPD. (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fl. 25)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veintitrés (23) de septiembre de 1964 (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fl. 24), ii) cotizó al RPM un total de 447.86 semanas (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fl. 40), iii) que el catorce (14) de septiembre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 1994, luego se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR el 3 de agosto de 1998 con fecha de efectividad el 1 de octubre de 1998 (archivo 12ContestacionDemandaPorvenir.pdf, fls. 30 y 37 y el trece (13) de enero de 2000 se trasladó de A.F.P. COLMENA hoy Protección S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de marzo de 2000 (archivo 05ContestacionDemandaProteccion.pdf, fls. 27 y 46) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.826.72 semanas (archivo 05ContestacionDemandaProteccion.pdf, fl. 28).

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

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A. estaba obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente

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

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

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

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por

concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

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

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

(...)

De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún

en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

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

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

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

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

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados

accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el catorce (14) de septiembre de 1994 con efectividad el 1 de octubre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para modificar el ordinal 3 de la sentencia apelada, teniendo en cuenta que los dineros de la cuenta individual de ahorro de la demandante junto con sus rendimientos ya fueron trasladados a la AFP PROTECCIÓN entidad a la cual se encuentra afiliada actualmente, por lo que, PORVENIR solo deberán responder por la devolución de las deducciones realizadas de los aportes de la demandante por el tiempo en que estuvo vinculada a dicha AFP. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal 3 de la sentencia proferida el diecisiete (17) de febrero de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito

de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **IRMA YOLANDA CASTAÑEDA PANQUEVA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, para en su lugar, ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de las deducciones realizadas a los aportes en favor de la demandante, mientras se encontró afiliada a dicha administradora, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En todo lo demás, se CONFIRMA la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 23 2021 00251 01 DE IRMA YOLANDA
CASTAÑEDA PANQUEVA CONTRA COLPENSIONES, PORVENIR,
COLFONDOS Y PROTECCIÓN**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó CASTAÑEDA PANQUEVA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105039201900252-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de Trabajo – Contrato de trabajo a término fijo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, en contra de la sentencia proferida el 06 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **WILLIAM PUENTES TRUJILLO** en contra de **ASIA MICROCOMPONENTES S.A.S EN LIQUIDACIÓN**.

ANTECEDENTES

WILLIAM PUENTES TRUJILLO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de ASIA MICROCOMPUTADORES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, para que, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido; que, se oficie a la Cámara de Comercio de Bogotá, para que suspenda el proceso liquidatorio de la demandada e incluya las acreencias laborales adeudadas en el mismo; que, se condene a la demandada, al pago de las vacaciones por los años 2016 a 2018, pima de servicios, cesantías e intereses y dotación correspondientes al año 2018, indemnización por despido injustificado, tomando como tiempo laborado del 20 de octubre de 1995 al 26 de octubre de 2018, junto con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 20 de febrero de 1995, celebró un contrato de trabajo, a término indefinido con la demandada, para desempeñar el cargo de técnico electrónico, devengando como salario el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, más el auxilio de

transporte, el cual se le cancelaba mensualmente; que, en vigencia del vínculo laboral, no recibió dotación completa.

Informó que, el 26 de octubre de 2018, la empresa demandada, le dio por terminado el contrato de trabajo, de forma unilateral, sin que, a la fecha de presentación de esta demanda, se le haya cancelado la liquidación de prestaciones sociales; que, posterior a la terminación del vínculo laboral, la señora AMANDA CHICA MESA, accionista de la Empresa, le manifestó que en próximos días lo llamaría para cancelar sus acreencias laborales, pero eso nunca ocurrió (fls. 2-6 y 47-49 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **ASIA MICROCOMPUTADORES S.A.S.**, compareció al proceso a través de curador ad litem, quien dijo no constarle ninguno de los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por el actor y formuló la excepción de prescripción (Archivo 16).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de una relación laboral entre las partes, mediante contrato de trabajo a término fijo, desde el 20 de febrero de 1995, y que se prorrogó hasta el 26 de octubre de 2018; condenó a la demandada al pago de la prima de servicios, cesantías e intereses, vacaciones por el año 2018, indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa; absolvió a la demandada, de las demás pretensiones incoadas en su contra y le impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, entre las partes existió un contrato realidad, por la relación laboral que tenían y el tiempo de duración del vínculo laboral, ya que, se renovaba automáticamente cada anualidad; que, si bien le enviaron la carta de terminación del contrato de trabajo, los derechos laborales del actor, no se incluyeron dentro de la liquidación de la empresa; además que, si realmente se trataba de contratos a término fijo, la demandada, debió liquidar cada uno de ellos a la fecha de terminación; sin embargo, sólo se limitaban a pagarle las cesantías, sus intereses y las vacaciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, el demandante, insistió en la declaratorio de un contrato de trabajo a término indefinido, que se mantuvo vigente entre el 20 de

febrero de 1995 y el 26 de octubre de 2018, de manera continua e ininterrumpida, aportando una certificación laboral que así lo indica y que no pudo ser presentada con la demanda, pero que solicita sea tenida en cuenta en Segunda Instancia.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la parte demandante, la Sala deberá determinar, si el vínculo laboral que existió entre las partes, lo fue en virtud de sendos contratos de trabajo a término fijo o si, por el contrario, se trató de una única relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido.

DE LA NATURALEZA DEL VÍNCULO LABORAL QUE ATÓ A LAS PARTES

Insiste la parte demandante, en su recurso, en que su vínculo laboral con ASIA MICROCOMPUTADORES S.A.S EN LIQUIDACIÓN, no se rigió por varios contratos de trabajo a término fijo, sino que, en realidad, se trató de un único contrato laboral a término indefinido.

Al respecto, la legislación laboral prevé la posibilidad de que el empleador y el trabajador, de forma autónoma, pacten la duración del contrato de trabajo, bien a término fijo o a término indefinido; es así como los artículos 46 y 47 del CST, disponen:

“ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente...

ARTICULO 47. DURACIÓN INDEFINIDA.

1o) El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.

2o) El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el empleador lo reemplace...”

Ahora, el contrato a término fijo inferior a un año, puede ser prorrogado por un periodo igual o inferior durante tres periodos sucesivos, transcurridos los cuales, el contrato se prorroga automáticamente a un año y así sucesivamente, en forma indefinida, sin que por las varias prórrogas que se hagan, cambie su naturaleza y se tenga a término indefinido. Pues, mientras exista ese acuerdo de voluntades, entre las partes, siempre mantendrá dicha condición, independientemente del tiempo de duración o de las prórrogas que se hubieren dado. Refuerza aún más lo dicho en precedencia, lo consagrado en el artículo 5 del Decreto 2351 de 1965, cuando advierte que será contrato a término indefinido, aquel en el que no se haya estipulado a término fijo o cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

Acorde con lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3579 de 2022, explicó que:

“...por regla general, en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que el empleador goza de libertad a la hora de escoger, de acuerdo con sus necesidades, la vinculación de trabajadores por medio de contratos de trabajo a término fijo, lo cierto es que, las relaciones laborales siguen teniendo vocación de permanencia. Es por ello, que el silencio de las partes frente a la expiración del plazo fijo pactado equivale a su tácita renovación, por un periodo igual. Asimismo, para que no opere dicha prórroga automática y se finiquite definitivamente la vinculación laboral, la ley les exige a las partes la presentación oportuna del denominado preaviso o desahucio, que no es otra cosa que un escrito en el que se consigna explícitamente «su determinación de no prorrogar el contrato».

Igualmente, dados los especiales e importantes efectos que tiene la referida comunicación del preaviso, es necesario que se exprese por escrito de manera clara e inequívoca la mencionada determinación de no renovar el contrato, pues, como ya se indicó, cualquier silencio, vacío o duda al respecto, la ley lo transforma en una prórroga automática o tácita de la extensión del vínculo laboral.

Sobre el contrato a término fijo y la libertad que tienen los empleadores de escoger la modalidad o forma de contratación, esta corporación en sentencia CSJ SL3535-2015, señaló:

[...]

Dentro del marco de regulación de las relaciones laborales, es un hecho indiscutible que el empleador goza genéricamente de libertad a la hora de contratar o no a los trabajadores, así como para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, dentro de las variadas posibilidades que le otorga el legislador. La Sala ha dicho en ese sentido que los empleadores tienen la «...libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...» (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 54003 y CSJ SL8693-2014).

Por tales razones, la vinculación de trabajadores y trabajadoras a través de contratos de trabajo a término fijo goza de plena legitimidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina dicho acuerdo, en los términos prescritos en los artículos 46, 55 y 61 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otros, gozan de plena validez y vigencia. La razón es sencilla y es que debe entenderse que, a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación – artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo –, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales, para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de prestación de servicios.

Por lo mismo, la jurisprudencia de esta Sala de la Corte siempre se ha orientado a determinar que el contrato de trabajo a término fijo es una de esas modalidades contractuales autorizadas por el legislador, que no ha perdido legitimidad y que puede ser utilizada libremente por el empleador de acuerdo a sus necesidades, dentro de los precisos límites establecidos legalmente.

Igualmente, la jurisprudencia de esta corporación tiene adoctrinado que la renovación sucesiva del contrato de trabajo a término fijo y su repetición en forma indefinida es válida y procedente, lo que significa que mantiene su naturaleza, aun cuando se prorrogue por varias veces. En sentencia CSJ SL15610-2016, rad. 48879, se puntualizó: «También ha dicho la Sala, que el contrato de trabajo a término fijo no pierde su esencia ni cambia a la modalidad de indefinido por el hecho de que se prorrogue varias veces, como lo propone la censura (Ver CSJ SL, 25 sep. 2003, rad. 20776, CSJ SL, 5 may. 2006, rad. 27034)».

En este orden de ideas, resulta palmario entender que, un contrato de trabajo a término fijo se renueva por un lapso igual al inicialmente pactado, cuando ninguna de las partes «avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días», sin ningún otro condicionamiento normativo...”

Así, en aras de establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido o varios contratos a término fijo, al plenario se allegaron como pruebas, el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito entre el demandante y ASIA MICROCOMPUTADORES LTDA, el 20 de febrero de 1995 con vigencia hasta el 20 de agosto de 1995, para que éste se desempeñara como técnico; comprobantes de pago de nómina de junio y julio de 2008, enero de 2009, febrero de 2010, enero y febrero de 2011, enero y febrero de 2012, enero y febrero de 2013, enero de 2014, enero de 2015, enero de 2016, enero de 2017, enero de 2018; certificación laboral expedida por la demandada, el 07 de noviembre de 2018, donde consta que el demandante, desde el 20 de febrero de 1995 y hasta el 26 de octubre de 2018, se desempeñó en el cargo de técnico, devengando como salario mensual la suma de \$1.379.000, y que, el vínculo laboral finalizó “*ya que la Empresa se encuentra en un proceso de sucesión debido a que el Representante Legal y único dueño y accionista de la compañía falleció y por tal razón la compañía entra en un proceso de liquidación*”.

Igualmente, se aportó carta de terminación del contrato de trabajo del 26 de octubre de 2018, dirigida al actor, notificando la decisión de finiquitar la relación laboral, a partir de la misma fecha, “*con ocasión de la muerte de mi esposo verificada el 22 de octubre de 2018, ante la imposibilidad de continuar desarrollando el objeto social de esta empresa. En consecuencia, sus prestaciones de Ley a que tenga derecho serán pagadas oportunamente una vez verifiquemos las respectivas cuentas con el contador de la empresa de lo cual le informaremos oportunamente*”; acta No. 2411, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC18 del Ministerio de Trabajo, del 22 de enero de 2019, donde se dejó constancia de la no comparecencia de la demandada, a audiencia de conciliación, convocada por el actor, para obtener el pago de las prestaciones sociales e indemnización por la terminación de su contrato de trabajo; reporte de semanas cotizadas por el demandante a COLPENSIONES, donde se registra como empleador a ASIA MICROCOMPUTADORES, desde el 01 de febrero de 1995 y hasta el 30 de septiembre de 2018; y, acta de asamblea de accionistas No. 48 de ASIA MICROCOMPUTADORES S.A.S., celebrada el 07 de

febrero de 2019, en la que se decidió aprobar y declarar la disolución de la sociedad, ante la imposibilidad de desarrollar su objeto social.

Teniendo en cuenta lo anterior, claro es para la Sala, que, desde el 20 de febrero de 1995, fue voluntad de las partes, que el vínculo laboral se rigiera por un contrato de trabajo a término fijo, plasmando claramente el tiempo específico de duración del mismo, el cual se renovó automáticamente, conforme a las disposiciones legales de esta clase de contratación, hasta el 26 de octubre de 2018, sin que, las sucesivas prorrogas que se presentaron durante su vigencia, tengan la virtud de modificar su naturaleza a la de término indefinido, como lo pretende la parte actora, pues, se reitera, ese no fue el acuerdo de las partes, al iniciar la relación laboral; razones por las que, habrá de confirmarse la sentencia apelada, no sin antes, aclarar que, la certificación laboral allegada por el demandante, con el escrito de alegaciones, no reúne los presupuestos fijados en el artículo 83 del CPTSS, para ser valorada en esta Instancia, ya que, no se decretó en Primera Instancia, ni se trata de una prueba sobreviniente, que, surgió con posterioridad a la sentencia apelada, todo lo contrario, advirtió el recurrente que, no la presentó con la demanda, porque no se acordó que existía.

De otra parte, respecto al memorial de medidas cautelares que, la apoderada del actor, solicita sean decretadas ante la posible insolvencia de la sociedad demandada, en aras de garantizar el debido proceso, así como el derecho de contradicción y defensa y el principio de la doble Instancia, es por lo que, no le corresponde a esta Sala, pronunciarse del mismo, sino al Juzgado de conocimiento.

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

Costas en esta instancia a cargo del recurrente, por haberle sido desfavorable la alzada. Se confirman las de Primer Grado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **WILLIAM PUENTES TRUJILLO** contra **ASIA MICROCOMPUTADORES S.A.S EN LIQUIDACIÓN**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$580.000.00. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202200268-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

Previo se reconoce personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C. S. Jud. para que actúe en nombre y representación de la demandada COLPENSIONES, conforme al poder allegado en esta instancia junto con los alegatos de conclusión.

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el diez (10) de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS RAMOS RESTREPO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

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

ANTECEDENTES

Carlos Ramos Restrepo, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare que es ineficaz el traslado de régimen del demandante de

COLPENSIONES a AFP COLFONDOS y posteriormente PROTECCIÓN, en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN efectuar el traslado del saldo que posee el demandante en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, a COLPENSIONES que actualice las bases de datos y reciba al demandante y costas.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 1 de agosto de 1963, se afilió al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde julio de 1989 hasta mayo de 1994, con un total de 200.29 semanas, que en el mes de junio de 1994 se trasladó de COLPENSIONES a COLFONDOS hasta marzo de 1995, a partir del 1 de abril de 1995 se trasladó a PROTECCIÓN entidad en la que se encuentra afiliado, que al momento del traslado no se dio la suficiente información, que en la actualidad cuenta con más de 1.470 semanas de cotización, que el 12 de enero de 2022 solicitó ante PROTECCIÓN el traslado de régimen a COLPENSIONES o la declaratoria de la nulidad o ineficacia, a lo cual se dio respuesta de forma negativa, el 21 de abril de 2022 solicitó ante COLPENSIONES que se acepte el traslado a lo cual se indicó que no es viable al contar con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional.

Contestación de la demanda

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de mérito, 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 del AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (Archivo 15ContestacionDemandaProteccion .pdf).

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del

consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Archivo 07ContestacionDemandaColfondos .pdf).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de fondo que denomino; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, innominada o genérica. (Archivo 06ContestacionDemandaColpensiones .pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el diez (10) de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen que realizó el demandante del RPM, teniéndolo válidamente afiliado al RPM, condeno a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados, condeno a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió del demandante por concepto de aportes, junto con sus intereses y frutos civiles, sin que se pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales, condeno a COLPENSIONES a recibir al demandante en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, condeno a las demandadas PROTECCIÓN y COLFONDOS al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: reiterando que el afiliado se encuentra en la imposibilidad de retornar al RPM al encontrarse a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, además, tampoco existen elementos que den lugar a una eventual declaratoria de nulidad de la afiliación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de COLPENSIONES, solicito se absuelva a COLPENSIONES, como fundamentos jurídicos indico el art. 2 de la Ley 797 de 2001, art. 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 3800 de 2001, inciso 4 art. 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia C789 de 2002 y artículo 3 Decreto 3800 de 2001, sentencia C-1024 de 2004, sentencia STC8762 M.P. Álvaro Fernando García radicación No. 76001-22-03-000-2017-00209-01. Las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 21 de abril de 2022 formulario de afiliación al sistema y respuesta de la misma fecha, en donde se rechazó la solicitud por encontrarse a 10 años o menos del requisito para pensionarse. (Archivo 02EscritoDemanda .pdf, fls. 39 a 40).

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus

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

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el primero (1) de agosto de 1963 (archivo 02EscritoDemanda .pdf, fl. 12), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 10 de julio de 1989 al 23 de mayo de 1994 un total de 199.14 semanas (carpeta ExpedienteAdministrativo, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2311-20220713120051.PDF), iii) que el veintiuno (21) de marzo de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 1995 y el primero (1) de abril de 2000 se trasladó de A.F.P. ING hoy PROTECCIÓN S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 2023 (archivo 15ContestacionDemandaProteccion .PDF), administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.501.71 semanas.

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

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

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada **COLFONDOS S.A.** enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el veintiuno (21) de marzo de 1995 con efectividad el 1 de abril de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el diez (10) de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por

CARLOS RAMOS RESTREPO en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 31 2022 00268 01 DE CARLOS RAMOS
RESTREPO CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó RAMOS RESTREPO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030201800273-03

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a conocer del grado jurisdiccional de consulta la sentencia de primera instancia proferida el veintisiete (27) de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA TERESA SISA BLANCO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

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

ANTECEDENTES

MARIA TERESA SISA BLANCO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, para que se declare que la demandante fue engañada en su consentimiento y mal informada, la nulidad del traslado del RPM administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al **RAIS** a través de **COLFONDOS** realizado el 11 de mayo de 2000, así como el traslado horizontal a **PROTECCIÓN** en agosto de 2004, en consecuencia, se ordene a **PROTECCIÓN** como representante del **RAIS** a devolver al RPM administrado por **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido, ordenar a **PROTECCIÓN** trasladar aportes recibidos de fondos privados, con todos sus

frutos e intereses, desde que se produjo el traslado y hasta que se produzca el reintegro a COLPENSIONES, que se condene a COLFONDOS y PROTECCIÓN a asumir el deterioro sufrido por los dineros administrados, se ordene a COLPENSIONES recibir a la demandante en el RPM, se apliquen las facultades ultra y extra petita, a cancelar costas y agencias en derecho, de forma subsidiaria se declare ineficaz el traslado realizado el 11 de mayo de 2000 por la demandante del ISS hoy COLPENSIONES a COLFONDOS y posteriormente de forma horizontal a PROTECCIÓN.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 13 de junio de 1960, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 24 de enero de 1991 a través de sus empleadores empresas Expertos LTDA. Cine Colombia S.A., Leasing Boyacá S.A. CFC y Asociación Red Multicolor “REDEBAN”, que a la fecha cuanta con 1.350 semanas, que se trasladó del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES el 11 de mayo de 2000 al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., sin que se le brindara la información suficiente, que se utilizó como argumentos del asesor comercial que ISS tendía a desaparecer y que los aportes estaban en riesgo al ir a un fondo común y no a una cuenta individual, que en agosto de 2004 realizó un traslado horizontal de COLFONDOS a SANTANDER hoy PROTECCIÓN, que lo indicado por el asesor en esos momentos era que los rendimientos serían mucho mejor, sin que se diera información adicional, que adelantó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 22 de noviembre de 2017 a la que se dio respuesta el 6 de diciembre de 2017 indicando que no fue aceptado lo peticionado. (archivo 01DemandaAnexos.pdf)

Contestación de la demanda

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

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denominó; validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., innominada o genérica. (archivo 07ContestacionColfondos.pdf)

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en su defensa propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (archivo 10ContestacionProteccion.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de merito que denomino; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica. (archivo 05ContestacionColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintisiete (27) de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS a través de COLFONDOS S.A. a partir del 1 de julio de 2000, declarar válidamente vinculada a la demandante al RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora, esto es, desde el 1 de octubre del 2004 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recurso propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados, condenar a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso que permaneció en dicha administradora, esto desde el 1 de julio de 2000 al 30 de septiembre de 2004, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados, ordenar a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, reactive su afiliación al RPM y actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM, declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, condenar en costas a COLFONDOS y a PROTECCIÓN, sin costas para COLPENSIONES. (archivo 24ActaAudiencia.pdf)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente PROTECCIÓN solicito que al estudiarse la sentencia, la condena no resulte más gravosa, máxime, si se tiene en cuenta que no se presentó recurso de apelación, por su parte, COLPENSIONES solicito se modifique la sentencia y se condene a COLFONDOS a tratar al afiliado conforme a las reglas del RPM si se confirma la falta de información en la que incurrió con la demandante, dado que no se suple el hueco financiero y el daño ocasionado a COLPENSIONES por cuanto los valores destinados a seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional generalmente quedan en el aire y no existe garantía para COLPENSIONES de recuperar esos valores que disminuyen considerablemente el capital ahorrado, también se

mencionó de la prohibición de traslado a COLPENSIONES cuando el afiliado se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, en consecuencia, concluye que debe modificarse o revocarse y absolverse a COLPENSIONES, las demás partes, guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 22 de noviembre de 2017 y su respuesta el 6 de diciembre de 2017, en la cual solicito el traslado al RPMPD y la negativa de lo petitionado. (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fls. 95 y 97 al 98).

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

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de

conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

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

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

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

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el trece (13) de junio de 1960 (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fl. 91), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 24 de enero de 1991 al 31 de mayo de 2000 un total de 472 semanas (archivo 05AnexosColpensiones.pdf, fl. 1), iii) que el once (11) de mayo de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de julio de 2000 (archivo 07ContestaciónColfondos.pdf, fls. 19 y 20). iv) que el treinta y uno (31) de agosto de 2004 se trasladó de A.F.P. SANTANDER hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 2004 (archivo 10ContestacionProteccion.pdf, fls. 18 y 26) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.413.85 semanas (archivo 10ContestacionProteccion.pdf, fl. 19).

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

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

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

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

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

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

(...)

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

eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía

de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

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

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

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

(...)

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

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, en tanto se encuentra ajustada a derecho, es así

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el once (11) de mayo de 2000 con efectividad el 1 de julio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para adicionar los ordinales 3 y 4 de la sentencia ordenando devolver no solo los gastos de administración, sino, además, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados. Sin condena en costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los ordinales 3 y 4 de la sentencia proferida el veintisiete (27) de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **MARIA TERESA SISA BLANCO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, para devolver no solo los gastos de administración, sino, además, **las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima**, debidamente indexados, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia objeto de estudio.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

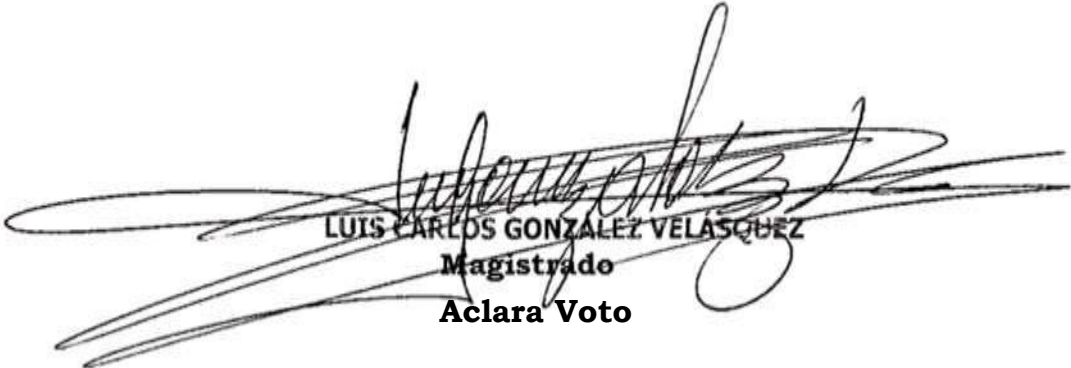
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 30 2018 00273 03 DE MARÍA TERESA
SISA BLANCO CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN
S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó SISA BLANCO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi salvamento de voto.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105006201700275-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de Trabajo – Salario convencional trabajador incapacitado – devolución sumas pagadas de buena fe.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante y demandado en reconvención, en contra de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **AUGUSTO CURREA GAMA** en contra de **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – AIRES S.A. Y/O LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A. Y/O LATAM AIRLINES Y/O LAN COLOMBIA AIRLINES S.A. Y /O LAN COLOMBIA AIRLINES**

ANTECEDENTES

AUGUSTO CURREA GAMA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – AIRES S.A. y/o LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A. y/o LATAM AIRLINES y/o LAN COLOMBIA AIRLINES S.A. y/o LAN COLOMBIA AIRLINES, para que, se declare que tiene derecho a que le cancelen el 100% de su ingreso mensual, mientras se le pagan las prestaciones sociales, legales, extralegales y convencionales, a las que tiene derecho con motivo de la pérdida de capacidad laboral de origen profesional, de acuerdo con la cláusula 12 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1990, la cláusula 13 del Laudo Arbitral de 2011 y 9 del Laudo firmando el 10 de noviembre de 2015; que se declare que la calificación efectuada por la Junta Especial de Calificación de Invalidez de los Aviadores, según acta 032 del 22 de diciembre de 2016, le determinó una PCL del 100% de origen profesional, por lo tanto, la demandada sólo se libera de la obligación de pago de las prestaciones a que tiene derecho, cuando éstas sean asumidas por la Entidad de Seguridad Social correspondiente; que, se declare que la demandada, no ha cancelado los

demás derechos de origen convencional a los que tiene derecho por ser afiliado a la ACDAC, por lo que, LATAM se encuentra en mora de reconocer y pagar las prestaciones reclamadas.

En consecuencia, que, se condene a la demandada a reconocer y pagar el ingreso mensual que le corresponde, con base en la totalidad del último salario devengado el 24 de octubre de 2016, fecha en la cual se suspendió el pago de su ingreso mensual, junto con los demás derechos convencionales que le corresponden como afiliado de ACDAC, con el IPC certificado por el DANE, frente a cada obligación mensual no cancelada, los intereses moratorios, los demás derechos que resulten probados y puedan ser declarados con fundamento en las facultades ultra y extra petita, así como las costas

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 22 de noviembre de 1955, por lo que, a la presentación de la demanda, contaba con 61 años de edad; que, es aviador civil, con licencia de piloto comercial expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil; que, trabaja para AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL AIRES S.A. hoy LATAM AIRLINES, desde el 04 de mayo de 2009.

Refirió que, en virtud de su vínculo laboral, estaba afiliado a la ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.; que, mediante 03141 del 24 de octubre de 2016, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, lo declaró no apto para actividades de vuelo y dispuso su suspensión de actividades aeronáuticas, por lo que, la Junta Especial de Calificación de Invalidez de los Aviadores, en el Acta No. 032-16, calificó su condición médica como de origen profesional y con una pérdida de su capacidad laboral de un 100%, con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1282 de 1994, en concordancia con el artículo 3 del Decreto 1302 de 1994.

Indicó que, a partir de la nómina de noviembre de 2016, la demandada, le suspendió el 100% de su ingreso mensual y los demás derechos convencionales de contenido económico, haciéndole a partir de esa fecha, pagos irregulares por conceptos distintos al salario; que, a pesar de su condición médica, la demandada, se niega a reconocerle el ingreso mensual que le corresponde de acuerdo a lo establecido en la cláusula 12 de la Convención Colectiva 1990-1992, desconociendo además lo dispuesto en las cláusulas 13 del Laudo Arbitral 2011 y 9 del Laudo Arbitral de 2015; que, junto con la ACDAC, solicitó el reconocimiento y pago del ingreso mensual deprecado, pero obtuvieron respuesta negativa al respecto (fls. 05-26).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – AIRES S.A. y/o LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A.**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a las pretensiones y negó la mayoría de los hechos. En su defensa argumentó que, no proceden las pretensiones del demandante, pues,

el pago de las incapacidades está a cargo de la ARL, EPS o AFP, dependiendo del origen y calificación realizada; además que, la norma convencional citada, no se encuentra vigente, ya que, el Laudo Arbitral del 10 de noviembre de 2015 fue objeto de recurso de anulación que se resolvió mediante sentencia del 19 de octubre de 2016, donde se destacó que, los Tribunales de Arbitramento, no pueden imponer a los empleadores, cargas que le corresponde satisfacer al Sistema de Seguridad Social Integral; aclaró que, la Junta Especial de Calificación de Invalidez de Aviadores, es una Entidad ajena a esa Compañía, que por mandato legal, solo puede determinar el estado de invalidez, pero no el origen de la calificación; que, el actor, fue calificado por la EPS SANITAS, el 27 de febrero de 2017, determinando que sus patologías eran de origen común, por lo que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de incapacidades le corresponde a la EPS o al Fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el trabajador. Propuso las excepciones previas de falta de integración del litisconsorcio necesario, solicitando vincular al proceso a la EPS SANITAS, ARL LIBERTY – LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. y la AFP PORVENIR S.A. e indebida acumulación de pretensiones, que fueron negadas mediante auto del 06 de noviembre de 2018; decisión confirmada por esta Sala Laboral, el 29 de octubre de 2021.

También formuló la demandada, las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y mala fe del demandante; pidió llamar en garantía a la EPS SANITAS, ARL LIBERTY – LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. y la AFP PORVENIR S.A., intervención que fue negada por auto del 05 de febrero de 2018, confirmada el 27 de julio de 2018 (fls. 351-372, 712-718 y 763-769 Archivo 01).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

AEROVIAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – AIRES S.A. y/o LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A., demandó en reconvención al señor AUGUSTO CURREA GAMA, para que se condene al pago de \$26.092.000 que le fueron cancelados por los meses de julio y agosto de 2017, junto con los intereses de mora, lo extra y ultra petita y las costas del proceso.

Indicó que, el señor AUGUSTO CURREA GAMA, se vinculó a esa Compañía, el 04 de mayo de 2009, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que, en vigencia de la relación laboral, fue afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral a través de la AFP PORVENIR S.A., la EPS SANITAS y la ARL LIBERTY; que, desde el año 2015, el trabajador ha sido incapacitado de forma continua, por lo tanto, desde noviembre de 2016, no se le han cancelado las incapacidades, que de buena fe, venía pagándole directamente, pues, el demandando en reconvención no adelantó ninguna gestión, ante las Administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral, para su reconocimiento.

Sin embargo, por un error involuntario, en los meses de julio y agosto de 2017, le pagó al trabajador de manera completa el salario, pese a que no prestó sus

servicios para la Empresa, porque se encontraba incapacitado; que, el 01 de noviembre de 2017, se le solicitó al señor CURREA, el reintegro de \$26.092.000, por salarios consignados y no causados, sin que ésta haya procedido a la devolución del dinero, lo cual considera es un enriquecimiento sin causa y constituye una deuda del trabajador, que debe ser cancelada por éste (fls. 577-581 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

AUGUSTO CURREA GAMA, se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvencción, alegando que el pago recibido por parte del empleador, no fue un error, sino un derecho que le corresponde de acuerdo a lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo y Laudo Arbitral Vigente, que se suspendió en un acto arbitrario en la demandante en reconvencción, ya que, él no puede prestar el servicio, pues, se encuentra en estado de debilidad manifiesta que justifica su especial protección; obligación de la cual sólo se libera la Empresa, cuando sea asumida por la Administradora de Riegos Laborales ARL Liberty, contra la cual advirtió, adelanta proceso ordinario laboral ante el Juzgado dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, con radicado 016-2017-00240-00, con el objeto que se le reconozca la pensión de invalidez. Alegó como excepciones previas la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y la falta de litisconsortes necesarios, también negadas en audiencia del 06 de noviembre de 2018; y, las de fondo, buena fe del demandado en reconvencción, mala fe del demandante, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (fls. 600-624 Archivo 01).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de agosto de 2022, el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada, de las pretensiones incoadas por el demandante principal; condenó al demandado en reconvencción **AUGUSTO CURREA GAMA**, a devolver la suma de \$26.092.000, por concepto de salarios de julio y agosto de 2017, que consideró la *a quo*, pagó el empleador sin mediar causa legal para ello, junto con los intereses moratorios legales desde la exigibilidad de la obligación, hasta que se produzca el pago de la obligación; condenó en costas al demandado en reconvencción.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada del demandante principal, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia de Primer Grado, para acceder a las pretensiones de la demanda principal, pues, el actor, quien está afiliado a la ACDAC, se encuentra discapacitado, enfermo, sin un ingreso que le permita una vida digna, por responsabilidad directa de su empleador; que, en relación con la demanda principal, solicita considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial la sentencia SU-049 de 2017, sobre la estabilidad laboral de trabajadores discapacitados, desvinculados

sin autorización del Ministerio de Trabajo; más aún cuando le asiste el derecho a unas prestaciones convencionales que se encuentran vigentes y consagradas en la cláusula 12 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990, que, el empleador, por mano propia, decidió no cancelar; en el artículo 13 del Laudo Arbitral de 2011, donde claramente se advierte que, lo reclamado no es un auxilio por incapacidad, sino un beneficio convencional que pretende ser desconocido por la demandada; que, la denuncia parcial de las normas convencionales del 29 de noviembre de 2013, fue exclusivamente para mejorar los derechos de los trabajadores, por lo tanto, estas continúan vigentes, independientemente del fallo de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en ningún momento se pronunció frente a los derechos adquiridos en las cláusulas 12 y 13 de la Convención Colectiva, sino que solo anuló otras cláusulas del Laudo de 2015, que no estaban relacionadas con el tema de las incapacidades; que, en el presente asunto, no se reclama el pago de las incapacidades médicas que no recibió el actor, por culpa del empleador, quien no las reclamó ante la ARL, como era su obligación, en virtud de la Ley Antitrámites, sino que se persigue el reconocimiento de los derechos convencionales y relacionados con su condición médica; que, se encuentra demostrado mediante los testimonios, que la demandada, sí le reconoció a otros aviadores los derechos que ahora se niega a pagar al demandante, incurriendo en una retención ilegal de salarios; que, se exige el pago de los salarios sin prestación del servicio, por culpa del empleador, quien no adelantó la gestión a su cargo, para que a su trabajador le fueran canceladas las incapacidades por parte de la ARL; que, no se pueden desconocer los derechos obtenidos como producto de la negociación colectiva; que, mediante sentencia SL2907 de 202, se le reconoció la pensión de invalidez por parte de la ARL LIBERTY, sin que a la fecha se haya realizado su pago; que, dentro del proceso obran las pruebas documentales que sustentan los derechos convencionales reclamados.

En cuanto a la condena impuesta al actor, como demandado en reconvenición, dijo que, la misma debe ser revocada, pues, corresponde a sumas recibidas de buena fe y que se pagaron por una liquidación realizada por el mismo empleador, quien tenía la obligación de seguir cancelando el valor de la remuneración pactada, teniendo en cuenta que el contrato debe ejecutarse de buena fe; que, debe aplicarse la norma más favorable al trabajador.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, el demandante principal AUGUSTO CURREA GAMA, reiteró los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia de Primer Grado, que aplicó el principio de favorabilidad en contra de los intereses del trabajador demandante y a favor de la empresa, con un evidente error que debe ser corregido.

Por su parte, AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – AIRES S.A. y/o LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A., pidió confirmar la sentencia apelada, por encontrarse ajustada a derecho, ya que, como empleador ha venido cumpliendo con todas las obligaciones emanadas del contrato de trabajo suscrito con el señor

AUGUSTO CURREA GAMA, así como de las disposiciones convencionales que lo cobijan, sin que a la fecha exista deuda por concepto alguno; que, el trabajador se encuentra afiliado en debida forma a las entidades del Sistema de Seguridad Social, de igual forma, se le han pagado los aportes a dicho Sistema, por lo que, las pretensiones de la demanda, deben ser cubiertas por esas Administradoras y no por la Empresa accionada; además que, las disposiciones convencionales cuya aplicación pretende el actor, no se encuentran vigentes.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la parte demandante, la Sala deberá determinar, si resultó acertada o no la decisión de la *a quo*, en cuanto negó las pretensiones incoadas por el señor AUGUSTO CURREA GAMA; y, si procede la devolución de los dineros recibidos por éste, que alegó el empleador, le canceló por los meses de julio y agosto de 2017, de manera equivocada.

DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA AFILIACIÓN DEL ACTOR A LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES - ACDAC

No fue objeto de discusión en la alzada, la existencia del vínculo laboral entre el demandante AUGUSTO CURREA GAMA y la demandada AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – AIRES S.A. y/o LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A., desde el 04 de mayo de 2009, vigente a la presentación de la demanda, desempeñando el cargo de capital A320.

Tampoco se desconoció, la afiliación del actor a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES - ACDAC, como se evidencia en los desprendibles de nómina visibles a folios 81 a 85, donde se advierte de la comunicación del 30 de junio de 2011, mediante la cual se aceptó su ingreso a esa Organización (fl. 45 Archivo 01) y de la deducción de la cuota sindical, que se encuentra registrada en los desprendibles de nómina allegados al plenario.

DEL PAGO CONVENCIONAL POR INCAPACIDAD MÉDICA

Reclama el demandante, el reconocimiento y pago de la prestación por incapacidad consagrada en la cláusula 12 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1992, en el artículo 13 del Laudo Arbitral de 2011 y 9 del Laudo de 2015, pues, se encuentra enfermo, discapacitado, sin que a la fecha se le haya otorgado la pensión de invalidez a que tiene derecho por la pérdida de su capacidad laboral

en un 100%; derechos que, afirmó, quieren ser desconocidos por la demandada, confundiéndolos con el auxilio legal por incapacidad, al cual tampoco pudo acceder por culpa de su empleador, quien nunca realizó las diligencias a su cargo para el pago del mismo.

Al respecto, la cláusula 12 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1992, suscrita entre AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL – AIRES y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES – ACDAC, establece lo siguiente:

“CLAUSULA 12a. INCAPACIDAD MEDICA: La empresa continuará reconociendo y pagando a los pilotos y/o copilotos, de acuerdo a la Ley, las incapacidades médicas expedidas por los médicos de la Compañía, sobre el salario garantizado; es decir, salario básico, más el valor de SESENTA (60.00) horas diurnas, más el valor de DIEZ (10.00) horas nocturnas, dividido por TREINTA (30) según la siguiente formula:

$$SG = \frac{(S.B. + 60.00 HD + 10.00 HN)}{30}$$

Estos factores se determinan de acuerdo al equipo en que se encuentre volando al momento de la incapacidad” (fl. 52 Archivo 01).

El 11 de marzo de 2010, la ACDAC, presentó denuncia parcial de la Convención Colectiva de Trabajo, antes citada, “solamente para mejorar las condiciones actuales de trabajo en ella contenidas” (fl. 753 Archivo 01); y, en consecuencia, se emitió el Laudo Arbitral del 02 de diciembre de 2011 (fls.61-106 Archivo 01), donde se estableció, entre otras:

“Décimo tercero. -INCAPACIDAD MÉDICA: La empresa continuará suministrando el servicio de salud de los pilotos y copilotos a su servicio a través de la póliza de Medicina Prepagada establecida por la Compañía.

La empresa reconocerá y pagará a los pilotos y copilotos las incapacidades médicas expedidas por la entidad prestadora de salud a la que se encuentre afiliado cada piloto o copiloto, los médicos adscritos a la compañía de medicina prepagada que tenga la empresa o por la póliza de salud acordada por las partes.

Lo anterior, se calculará sobre el salario garantizado y de acuerdo a los factores que se determinen según el equipo en que se encuentre volando el piloto o copiloto al momento de la incapacidad.

Para el cálculo de las horas a volar en el mes que se presente la incapacidad, se aplicará la siguiente formula:

(Días mes – Días incapacidad) x Número de horas garantizadas, dividido sobre 30”.

Posteriormente, en el Laudo Arbitral obligatorio del 11 de noviembre de 2015 (fls. 108-120 Archivo 01), se determinó:

“Noveno: INCAPACIDAD. -

Los aviadores que por cualquier motivo se encuentren incapacitados para volar tiene derecho a que la Empresa les reconozca directamente el 100% del salario mientras se encuentran en tal condición; liquidado éste con el promedio salarial devengado en

los últimos tres (3) meses, incluidos todos los rubros percibidos con antelación a la incapacidad.

Suspendida la incapacidad del aviados impedido para volar, éste será reubicado con base en la aplicación de lineamientos constitucionales, legales y con base en la aplicación de lineamientos constitucionales, legales y administrativos que se profieran sobre la materia, en lo particular y en específico en los que emanan del Ministerio de Trabajo”.

La anterior decisión, fue objeto del recurso de anulación y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL15025 del 16 de octubre de 2016 (fls. 521-576 Archivo 01), respecto a las incapacidades, indicó que:

“...tal como quedó redactada la cláusula resulta ambigua, en cuanto se refiere a una incapacidad para volar «por cualquier motivo»; ahora si se entendiera que es por razones de enfermedad o accidente común o profesional, la previsión resulta manifiestamente inequitativa, pues por ser el texto tan abierto, cabe la interpretación de que impone al empleador independientemente de lo que deben reconocer las entidades de seguridad social, llámense ESP o ARL, el pago a los trabajadores que se incapaciten del «100% del salario mientras se encuentran en tal condición», de tal manera que se pierde una finalidad propia de la obligación del empleador de afiliar a la seguridad social que es la de la subrogación de las obligaciones que quedan en cabeza de las entidades del sistema; y lo que se busca con el pago de la incapacidades, que es compensar la pérdida del ingreso por la imposibilidad de prestar el servicio por esos motivos y no de conseguir un lucro adicional por esa condición. En otras palabras, se percibirían mayores beneficios cuando se está incapacitado que cuando se presta el servicio, y contraría la finalidad misma del pago de las incapacidades como se conciben en el régimen de la seguridad social.

Ha precisado la Corte que «puede haber una relación de complementación entre los beneficios del sistema de seguridad social y los establecidos en el laudo, pero no una relación de exclusión, usurpación o sustitución, por medio de la cual el empleador entré a asumir cargas y obligaciones que no le compete y que son propias de los entes de la seguridad social». (CSJ SL8157-2016).

En consecuencia, se anulará la cláusula novena.”

En cuanto a los efectos de la sentencia de anulación de un Laudo Arbitral, dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 41497 del 27 de octubre de 2009, reiterada en la 49862 del 29 de noviembre de 2011, que:

“La competencia de la Corte se agota con la anulación, total o parcial del laudo, de suerte que no goza de la atribución de sustituir a los árbitros y, en tránsito por esa vía, la de tomar la decisión que reemplace a la anulada. Ello significa que las relaciones contractuales de trabajadores y empleador se regirán por la convención colectiva o el pacto colectivo o laudo arbitral vigentes o por las normas legales en vigor”.

Ahora bien, para demostrar sus pretensiones y excepciones, las partes, allegaron como pruebas, la resolución 03141 del 24 de octubre de 2016, mediante la cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL, declaró “la

NO APTITUD psicofísica para actividades aeronáuticas de AUGUSTO CURREA GAMA” (fls. 121-123 Archivo 01); formulario de dictamen para calificación de pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez No. 063 del 01 de noviembre de 2016, mediante el cual la Junta Especial de Calificación de Invalidez, determinó que el demandante tenía una PCL del 100%, estructurada el 24 de octubre de 2016, debido a “... diagnóstico de: *ANSIEDAD y DEPRESIÓN desencadenados por la prueba de Litreiner y prueba de simulador y con medicación de ansiolíticos continuamente lo cual es invalidante para sus actividades de vuelo, se clasifica dentro de la enfermedad de origen LABORAL...*” (fls. 124-136 Archivo 01); solicitud presentada por el demandante, a la demandada, el 23 de febrero de 2017, reiterada por ACDAC, el 24 de febrero de 2017 en la que se reclama “*que sin demora se garantice el pago de mi ingreso mínimo vital en un 100% en los términos consignados en el artículo tercero de la ley 776 de 2002 (...) Igualmente le pido su colaboración para que se agilice el trámite que se encuentra en curso para el reconocimiento de mi pensión ante la ARL LIBERTY SEGUROS*” (fls. 141-144 Archivo 01); respuesta del 29 de enero de 2017, donde LATAM AIRLINES, le informó al actor, que no podía acceder a su petición de pago de incapacidades, pues, la ARL LIBERTY “*no nos ha notificado que su enfermedad sea reconocida como de origen laboral, por esto, una vez tuvimos conocimiento de su comunicación se la enviamos a la ARL (...) Somos conscientes que una diferencia de carácter eminentemente técnico en la definición del origen de su enfermedad, no debería afectar sus expectativas en cuanto al reconocimiento de las prestaciones económicas o asistenciales, no obstante, al no existir la certeza para las entidades de seguridad social sobre quién debe asumir dicha responsabilidad, no es posible que en la calidad de empleador, la empresa lo determine, ya que se escapa de nuestro campo de acción*” (fls. 146-148 Archivo 01).

También se aportaron, las incapacidades otorgadas al actor, desde el 03 de febrero de 2016 al 09 de abril de 2017 (fls. 149-226 Archivo 01); volantes de pago de enero de 2014 a junio de 2022 (fls. 227-240, 392-425 y 840-906 Archivo 01); contrato de trabajo suscrito entre las partes el 04 de mayo de 2009 (fls. 374-377 Archivo 01); certificado de pago de aportes por parte del empleador AEROVÍAS DE INTEGRACION REGIONAL S.A. AIRES S.A., a favor del trabajador AUGUSTO CURREA GAMA, de noviembre de 2014 a junio de 2022 (fls. 378-391 y 777-839 Archivo 01); relación de pagos efectuados al trabajador, entre noviembre de 2011 y octubre de 2017 (fls. 426-441 Archivo 01); formularios afiliación EPS y Administradora de Pensiones (fls. 442-451 Archivo 01); calificación origen en primera oportunidad del 10 de febrero de 2017, emitida por la EPS Sanitas, donde se indicó que el demandante, presentaba un trastorno de adaptación de origen común (fl. 452 Archivo 01).

Asimismo, milita en el plenario comunicación del 06 de julio de 2016, mediante la cual la demandada, dio respuesta a la EPS SANITAS, respecto a la solicitud de documentos para la calificación del actor (fls. 509-510 Archivo 01); respuesta del 18 de agosto de 2016, mediante la cual LATAM AIRLINES, da respuesta a las recomendaciones de reubicación del médico Luis Valderrama Grajales, requiriendo al Capitán Currea, para que, acuda a un médico especialista en medicina del trabajo o salud ocupacional, para que realice las correspondientes remisiones, a las entidades del Sistema de Seguridad Social, dependiendo el origen de su enfermedad (fls. 511-512 Archivo 01); comunicación del 01 de noviembre de 2017, mediante la cual, la demandada, le solicitó al actor, la

devolución de \$26.092.000 pagados *“en razón a un error involuntario”*, correspondientes a los meses de julio y agosto de 2017, periodos durante los cuales no prestó su servicio para la Compañía (fl. 583 Archivo 01).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante, informó que, desde el mes de noviembre de 2016, recibe el pago de las prestaciones sociales, por parte del empleador, pero no conforme al salario que devengaba; que, respecto a los derechos convencionales, en los volantes de pago, se hacen unas cuentas *“que realmente no entiendo”*, donde lo único que salen pagando es la prima de antigüedad; que, lo que reclama con la demanda, es el pago del salario convencional, que le ha sido reconocido de manera *“irregular”*, porque no coincide con lo que le corresponde; que, está afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, pero se encuentra discapacitado; que, la Junta Especial de Calificación de Invalidez, única autoridad para calificar aviadores civiles, determinó que su enfermedad era laboral y dijo no recordar si fue calificado por la EPS SANITAS, pero que, en todo caso, esa Entidad, no sería competente para hacerlo; que, no ha recibido ningún auxilio económico por incapacidad, pero insiste en que *“en este momento no estamos reclamando auxilio de incapacidad, yo lo único que estoy reclamando es mi salario convencional al que tengo derecho por ser afiliado a la ACDAC, como piloto”*; que, se encuentra en tratamiento psiquiátrico y las incapacidades expedidas en razón de éste, se las ha enviado a la demandada, pero por su condición médica no ha podido trabajar al servicio de la Compañía, que consume medicamentos psiquiátricos, *“por mi estado de ansiedad y angustia en que me encuentro, derivado de esa incapacidad que se generó por una presión laboral de la que he sido víctima en mi ejercicio laboral”*

Por su parte, la representante legal de la demandada, dijo que, el demandante, fue contratado por la Empresa, para ejercer como piloto de A320, en el año 2009, cuando contaba con la licencia vigente para ejercer este oficio; que, en noviembre de 2016, la demandada, suspendió al actor, el pago de las incapacidades, conforme a la legislación colombiana actual, por superar los 180 días de incapacidad, momento a partir del cual queda a cargo de las Administradoras del Sistema de Seguridad Social que correspondan, *“razón por la cual la Compañía que represento, cumplió los 180 primeros días con esta obligación y posteriormente dio cumplimiento a través de esa suspensión a lo que establece la norma y a partir de ese momento como se ha dejado claro en esta audiencia, al Capitán, se le han venido pagando sus prestaciones sociales, reconociéndole sus temas convencionales y haciéndole, pues, los aportes correspondientes a los Sistemas, también, de Seguridad Social”*; que, a partir del día 181 de incapacidad, *“le corresponde al Sistema General y en esa medida el empleado tiene que gestionar su incapacidad, tal como lo hace con la Compañía directamente ante nosotros, las incapacidades las envían, incluso quiero aclarar que no son incapacidades que vengan de la EPS directamente, pero él las gestiona frente a la Compañía, en la medida en que él continúa en incapacidad, su gestión la tiene que hacer ante los Sistemas Generales de Seguridad, para cubrir su incapacidad”*; que, en su momento, la demandada, no hizo parte, ni fue notificada del dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor, practicada por la Junta Especial de Calificación de Invalidez, de lo que sí tuvo conocimiento la Empresa, fue de un dictamen de la EPS, del año 2017, en el que se declaró la enfermedad como de origen común;

que, la demandada, tuvo una Convención Colectiva de Trabajo, suscrita en 1990 con ACDAC, que fue modificada por Laudo Arbitral del 2011 y del 2015, siendo éste último objeto del recurso de anulación, por parte de la Corte Suprema de Justicia, en octubre de 2016; que, a partir de noviembre de 2016, se le reconocen al demandante, los beneficios convencionales a que tiene derecho.

Igualmente declararon en el proceso, LEANDRO GUTIÉRREZ OROZCO, analista de remuneraciones en LATAM, dijo conocer al demandante, como trabajador de la demandada, quien por sus continuas incapacidades desde el año 2016 aproximadamente, está activo con la Compañía, pero no presta sus servicios como piloto; que, la demandada, pagó las incapacidades a su cargo, pero actualmente desconocen si está recibiendo el auxilio correspondiente por parte de la Administradora de Pensiones; que, la empresa le paga hasta la actualidad, las prestaciones extralegales correspondientes a prima de antigüedad y un auxilio de alimentación, que son rubros indiferentes de las incapacidades *“si hay alguno otro pago que ésta convencionado se debe estar realizando, tal vez solamente mencioné estos dos, pero los pagos convencionados se debe estar realizando, hablo de los pagos no salariales”*; que, se le han cancelado al trabajador, las prestaciones sociales, en los términos legales, es decir, dentro de los tiempos fijados en la ley; que, se le pagaron los salarios de julio y agosto de 2017, pero para esa época el actor, estaba incapacitado, entonces la Empresa, no debió haber realizado esos pagos; que, durante las incapacidades, sólo se tuvieron en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, el sueldo y las horas garantizadas; que, en el año 2016, el trabajador superó las incapacidades de más de 180 días y por eso se suspendió el pago de sus salarios.

JONATHAN SILVA ARIAS, dijo ser analista de remuneraciones de LATAM AIRLINES y conocer al demandante, como funcionario de la Compañía, piloto con contrato vigente, pero en situación de incapacidad, desde noviembre o diciembre de 2015, aproximadamente; que, actualmente al actor, se le cancelan prestaciones sociales, es decir, cesantías, intereses y primas legales, también prima de antigüedad y auxilio de alimentación; que, la empresa le canceló las incapacidades hasta el día 180; que, hasta la actualidad, se le realiza al demandante, el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, tomando como base de cotización el salario que tenía al momento de su incapacidad; que, los intereses sobre las cesantías, se le han cancelado en los ciclos de corte de cada año, que es en el mes de enero al año posterior a su causación, las cesantías se consignan a la Entidad, donde el actor, se encuentre afiliado, en el mes de febrero y las primas legales se pagan en los ciclos semestrales de junio y diciembre; que, los beneficios convencionales por prima de antigüedad y auxilio de alimentación, se pagan de manera mensual y no se le han dejado de pagar, con los incrementos a que tenga derecho durante cada año, *“esos son los que tenemos registrados que él tiene derecho, pero no tengo registro de otros derechos convencionales a parte de esos”*; que, respecto al trámite de una incapacidad médica, la persona debe reportarla a su área, en este caso, operaciones, enviar el soporte a la jefatura y al área médica de Seguridad Laboral, que es donde se realiza el registro de la incapacidad; que, hay un concepto de la EPS SANITAS, que le fue notificado a la empresa, donde se indicó que el señor CURREA GAMA, tenía una enfermedad de origen común; que, en los meses de julio y agosto de

2017, se realizó el pago de salarios de manera errónea, porque no habían sido reportadas las incapacidades, por lo que, luego se le informó al demandante, que se iba a realizar la reversión, para que hiciera la devolución del pago.

JORGE MARIO MEDINA CADENA, quien fue miembro de la Junta Directiva de ACDAC, manifestó conocer al demandante, por ser socio de esa Organización, que, se encuentra incapacitado para prestar sus servicios como piloto a LATAM, desde 2016, aproximadamente, por perder la licencia por origen laboral; que, en virtud del Decreto 1282 de 1994, la pérdida de capacidad laboral de los aviadores civiles se determina por la Junta Especial de Calificación; que, la ACDAC, ha presentado a LATAM - AIRES, varios requerimientos para que le reconozcan al señor CURREA GAMA, el salario que está establecido en la Convención Colectiva y Laudo Arbitral; que, en el año 2016 la Junta Especial de Calificación, le concedió al Capitán Currea, la invalidez de origen laboral, para ejercer sus funciones de vuelo; que, el actor, no se le reconocen los derechos establecidos en el Laudo arbitral y la Convención Colectiva suscrita entre la ACDAC y la Empresa.

ROBERTO BALLÉN BAUTISTA, también indicó que hace parte de la Junta Directiva de ACDAC y conoce a AUGUSTO CURREA GAMA, porque está afiliado a la organización, además, trabajaron juntos en Intercontinental de Aviación; que, el actor trabaja para LATAM, pero no presta sus servicios como piloto actualmente, porque perdió la licencia, *“los certificados médicos”*, por parte de la Aeronáutica Civil y fue calificado por la Junta Especial con una discapacidad; que, se han hecho reclamaciones por el no pago de las incapacidades; explicó que, la incapacidad es una cosa y el auxilio médico que reconoce la Empresa, es otro, que está convencionado, existiendo una diferencia en los pagos, respecto a los Capitanes Pachón o Parra, que también se encuentran en condición de discapacidad y han sido calificados por la Junta Especial; que, el Capitán Currea, no recibe pagos convencionales desde noviembre de 2016, por eso, la ACDAC, hizo reclamaciones a su nombre; que, la Convención Colectiva de Trabajo de 1990, fue objeto de una denuncia parcial, en el año 2011, *“buscando aumentar los derechos de los pilotos más allá de lo legal o lo extraconvencional”*; que, la ACDAC, ha tenido varias reuniones con el personal de LATAM, para reclamar el pago de los derechos convencionales del actor y otros trabajadores, en las mismas condiciones de éste, habiéndose incluso sancionado a AIRES en el 2011, por el incumplimiento en los pagos salariales; que, el último Laudo sobre la Convención Colectiva AIRES – ACDAC, fue aproximadamente en el año 2018, estando en trámite el recurso de anulación en la Corte Suprema de Justicia.

Teniendo en cuenta lo anterior, en primer término, advierte la Sala, que, contrario a lo señalado por la Juez de Primer Grado, la anulación de la cláusula novena del Laudo Arbitral de 2015 sólo afectó dicha disposición, no así las anteriores, que conservan su vigencia; por lo tanto, la asiste razón a la parte actora, al afirmar que, las disposiciones contempladas en la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1992 suscrita entre AIRES y ACDAC, así como el Laudo Arbitral del año 2011, constituyen actos jurídicos vigentes y de forzoso cumplimiento para la demandada, en calidad de empleador del actor.

Pese a lo anterior, considera la Sala, que, en el presente caso, no hay lugar a emitir condena alguna a favor del demandante, pues, al aplicar la cláusula 13 del Laudo Arbitral del año 2011, que modificó la 12 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1992, suscrita entre AIRES y ACDAC, estando el trabajador incapacitado, de manera continua e ininterrumpida desde el año 2015, como éste mismo lo aceptó al absolver interrogatorio de parte, no hubo una prestación efectiva del servicio, por lo tanto, al aplicar la fórmula contenida en la cláusula en mención, esto es, *“(Días mes – Días incapacidad) x Número de horas garantizadas, dividido sobre 30”*, al restarle a los días del mes, los días de incapacidad, se obtendría cero (0.0) días, que multiplicados por las horas garantizadas de vuelo, igualmente arrojaría un total de (0.0), que al dividirlo por 30, daría el mismo resultado, esto es, cero (0.0); pues, sabido es que cualquier número multiplicado por cero da como producto cero, de ahí que, si durante los 30 días del mes el actor, estuvo incapacitado, mal puede éste reclamar un salario, que en los términos de la cláusula convencional, no se causó.

También considera importante esta Sala, precisar que, conforme a lo estipulado por la cláusula 13 del Laudo Arbitral del año 2011, el pago de ese beneficio convencional, estaba supeditado a las *“incapacidades médicas expedidas por la entidad prestadora de salud a la que se encuentre afiliado cada piloto o copiloto, los médicos adscritos a la compañía de medicina prepagada que tenga la empresa o por la póliza de salud acordada por las partes (...) de acuerdo a los factores que se determinen según el equipo en que se encuentre volando el piloto o copiloto al momento de la incapacidad”*; y, conforme a la documental obrante de folio 149 a 226, el actor, sólo presentó los certificados de incapacidad médica del 03 de febrero de 2016 y el 09 de abril de 2017, sin que se encuentre demostrada su imposibilidad para laborar con anterioridad o posterioridad a este lapso de tiempo. Menos aún se probó que otros pilotos comerciales del grupo A320, se encontraran incapacitados por el mismo término que el demandante y aún así, estuvieran recibiendo un ingreso mensual superior al percibido por el actor, aspecto frente al cual sólo hizo alusión el testigo ROBERTO BALLÉN BAUTISTA, sin que exista otro medio de prueba que permita de manera fehaciente establecer la desigualdad alegada.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la absolución de la demandada AEROVIAS DE INTEGRACION REGIONAL AIRES S.A. hoy LATAM S.A, en este aspecto, pero por las razones anteriormente expuestas.

DE LA CONDENA IMPUESTA AL TRABAJADOR DEMANDADO EN RECONVENCIÓN

Solicitó el demandado en reconvención, revocar la orden de reintegro de los \$26.092.000, que, LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A., alegó haberle consignado de manera equivocada por los meses de julio y agosto de 2017, pues, considera que esas sumas fueron recibidas de buena fe y que se pagaron por una liquidación realizada por el mismo empleador, quien tenía la obligación de seguir cancelando el valor de la remuneración pactada.

Al respecto, no es un hecho discutido en el proceso que, efectivamente, para los meses de julio y agosto de 2017, LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A., le pagó a Capitán Cesar Augusto Currea Gama, la suma total de \$26.092.000 (fls.584-585 archivo 01), sin que, éste haya prestado efectivamente sus servicios de piloto comercial a la Compañía, durante esos meses, pues, se insiste, desde el año 2015, el trabajador se encuentra incapacitado y sin licencia de vuelo; además la demandada, mediante comunicación del 01 de noviembre de 2017, empresa le informó al actor, que el pago se produjo por error, y solicitó su reembolso, (fl. 583 Archivo 01).

Así las cosas, mal puede pretender el actor, arrogarse unos dineros, que, no se causaron a su favor debido a las continuas incapacidades, que le han sido otorgadas desde 2015; tampoco es procedente que, alegue una buena fe, que se encuentra desvirtuada por la demandada, con el envío de la comunicación mediante la cual le solicitó al actor, la devolución de lo pagado y que éste decidió de manera deliberada no cumplir.

Téngase en cuenta que, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 7232 del 28 de febrero de 1993, reiterada en la 39980 del 13 de febrero de 2013, y más recientemente en la SL 789 del 03 de marzo de 2021, *“Por regla general al llegar a la fecha de pago del sueldo el trabajador que únicamente haya laborado parte del período respectivo solo tiene derecho a la remuneración del tiempo trabajado. Por tanto, el empleador que del total de la asignación deduce la parte proporcional a los días en que el trabajador dejó de prestar el servicio no está haciendo retención salarial alguna”*.

Adicionalmente, es preciso señalar que, la jurisprudencia ha referido la imposibilidad de recobrar lo cobrado en exceso cuando media un acto administrativo o sentencia judicial en materia de prestaciones periódicas, como las pensiones (sentencia SL1810 de 2023), lo que, no tiene relación con el presente caso.

En consecuencia de lo anterior, también se confirmará la sentencia apelada, en este sentido.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por el demandante y demandado en reconvención.

Costas en la alzada a cargo del recurrente. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **AUGUSTO CURREA GAMA** en contra de **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. - AIRES S.A. Y/O LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A. Y/O LATAM AIRLINES Y/O LAN COLOMBIA AIRLINES S.A. Y /O LAN COLOMBIA AIRLINES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y demandado en reconvencción. Fijense como agencias en derecho la suma de \$580.000.00, a favor de AIRES S.A. Y/O LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105022202000277-01

En Bogotá D.C., hoy nueve (9) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Reajuste salarial con la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre del 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DAVID CRUZ CAMPOS** en contra de **FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**.

ANTECEDENTES

DAVID CRUZ CAMPOS, promovió demanda ordinaria laboral contra de FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que se declare que la demandada es la entidad obligada al pago de la pensión causada por el demandante en virtud al tiempo laborado para la empresa, en consecuencia, se pague el reajuste previsto en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, así como los respectivos reajustes anuales, al pago de la diferencias pensionales causadas en aplicación al reajuste, teniendo en cuenta las mesadas adicionales de junio y diciembre debidamente indexadas, aplicación al principio extra y ultra petita, costas y gastos del proceso.

Como fundamento de material de sus pedimentos, en síntesis, relató que la demandada asumió por expresa disposición legal del Decreto 1591 de 1989 la carga prestacional de la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que el demandante ostento durante su relación laboral la calidad de trabajador oficial, laborando 14 años, 9 meses y 11 días comprendidos entre el 1 de junio de 1962 al 15 de mayo de 1977, que fue retirado de la empresa por presentar pérdida de capacidad laboral, que la

empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia ordeno reconocer y pagar al demandante una pensión mensual de invalidez desde mayo de 1977, conforme se evidencia en resolución No. 2282 del 7 de septiembre de 1977, que se liquidó mesada pensional en la suma de \$4.572.64, que nunca le fue aplicado a la pensión de invalidez los reajustes previstos y ordenados por la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, que reclamo ante la entidad el reconocimiento y pago, lo cual fue negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada, dio contestación con escrito de folios 51 a 56 del archivo CC1.pdf, en donde se opuso a todas las pretensiones de la demanda, para lo cual mencionó, que se concedió la pensión de invalidez, siendo claro que la norma establece reajuste pensional para las prestaciones de jubilación, siendo incompatible el reajuste con la pensión de invalidez y propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y generación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió; absolver a la demandada de las pretensiones incoadas por el demandante, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y condeno en costas a la parte demandante en la suma de \$300.000.00.

La A quo argumentó; que al demandante se le reconoció una pensión de invalidez, el reconocimiento pensional tuvo lugar antes del año de 1989, la normatividad objeto de estudio y alegada por la parte demandante, lo previo para la pensión de jubilación y no para la de invalidez, por lo que, no se puede tener como beneficiario al demandante de dicha prerrogativa. Ahora bien, de quererse aplicar reajuste se tiene que la entidad ha aplicado los reajustes salariales año a año de acuerdo con el incremento del salario.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación la parte demandante recurrió así; solicito se revoque la sentencia proferida en primera instancia que el demandante cumple los requisitos para que sea reajustada su mesada pensional conforme lo establece la Ley 6 de 1992 y el Decreto Reglamentario 2108 del mismo año conforme al caudal probatorio y jurisprudencial que reposa en el proceso, pues los reajustes aplicados fueron mucho más bajos que sobre los salarios mínimos de la época, es decir, perdió su poder adquisitivo al quedar reajustada en valores inferiores al salario mínimo respectivo año tras año, en cual a la inexequibilidad esta produjo efectos hacia el futuro, por lo que, lo

reajustes constituyen verdaderos derechos adquiridos para el demandante, aunque no se hayan reclamado en su oportunidad, no deja de tener derecho sobre los mismos, ya que la jurisprudencia a sido clara en que los reajustes pensionales no prescriben, los cuales entonces pueden ser reclamados en cualquier tiempo, frente al argumento de que aplica solo para pensión de jubilación y no de invalidez a través de la jurisprudencia se ha estudiado el tema consagrando el beneficio con independencia a la modalidad de pensión el 14 de julio de 2007 Rad. 4403-5 del Consejo de Estado, SL1361 de 2015 Rad. 66402 febrero de 2015 M.P. Dr. Burgos, se indica que tiene derecho al reajuste pensional de aquellos que se les aplico un reajuste inferior al salario mínimo legal mensual vigente, pide aplicación al principio de favorabilidad y tener en cuenta la situación de debilidad manifiesta del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de la parte demandante, para lo cual, reitero los argumentos expuestos en su recurso, en cuanto a la parte demandada, esta guardo silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el recurso de apelación interpuesto previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Punto álgido de la alzada se centra en establecer: si debe ser reajustada la mesada pensional de invalidez reconocida mediante resolución No. 2282 del 7 de septiembre de 1977, bajo los parámetros de la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, para lo cual; se verificara **i)** si solo procede para pensiones de jubilación o si por el contrario puede ser aplicada la norma para pensiones de invalidez, **ii)** si el reajuste aplicado es inferior al salario mínimo legal y **iii)** si el derecho se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo. Todo ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.).

DEL REAJUSTE PENSIONAL

No es materia de discusión en el presente asunto, que el demandante se encuentra pensionado, así consta, en acto administrativo Resolución No. 2282 del 7 de septiembre de 1977 emitida por la Gerencia Administrativa de la Dirección de Personal Oficina de Derecho Laboral y PP. SS., en la cual se reconoce y ordena pagar a favor del demandante una pensión mensual de invalidez a partir del 16 de mayo de 1977 y mientras subsista la incapacidad para el desempeño de la actividad a la que se ha dedicado, en cuantía del 75% del salario real devengado en el ultimo año de servicios prestados a la empresa. (archivo CC1.pdf, folio 39)

Ahora bien, el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 hace referencia a los ajustes de las pensiones del sector público nacional, para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional efectuadas con anterioridad al año 1989 e indica que los reajustes comenzaran a regir a partir en la fecha dispuesta en el Decreto Reglamentario y no producen efecto retroactivo.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 2108 de 1992 indicaba que las prestaciones reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989 y que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1 de enero de 1993, 1994 y 1995.

Siguiendo con el estudio de dicha normatividad, en la sentencia C-531 de 1995 se dejó claro que el artículo 116 desconoce la unidad de materia de la Ley 6 de 1992, por lo que se procedió a declarar inexecutable en su integridad el mismo, allí se dijo:

“...es claro que la Ley 6° de 1992 se refiere a un tema totalmente distinto del tratado por el artículo 116. En efecto, la ley regula aspectos relacionados con la manera cómo el Estado obtiene recursos para desarrollar sus distintos cometidos, mientras que el artículo acusado está modificando el régimen salarial y pensional de ciertos servidores públicos, pues consagra un mandato de nivelación pensional en el sector público nacional. La ley está entonces relacionada con la Hacienda Pública, mientras que el artículo está referido al derecho sustantivo del trabajo, lo cual muestra la falta de conexidad entre sus temáticas.

(...)

*La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, **esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutoria de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de***

controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). (...). Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.”. (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior, es claro que el reajuste solicitado solo aplica a quienes adquirieron su prestación pensional antes del 1 de enero de 1989, ello para proteger a las pensiones de la devaluación y si bien el art. 116 de la Ley 6 de 1992 fue declarado inexequible, los efectos se dan a partir de la notificación de la providencia, es así que, quienes ya gozaban de la condición de jubilado conservan su derecho al reajuste, respetando los derechos adquiridos, debiendo emplearse la ley mientras estuvo vigente a las personas que consolidaron su derecho.

También es importante mencionar, que el reajuste pensional procede para aquellas prestaciones pensionales concedidas bajo la modalidad de invalidez, en aplicación al art. 116 de la Ley 6 de 1992, así se expuso por la Corte Constitucional en sentencia T-030 de 2011:

“El reajuste previsto en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, tuvo vigencia desde el momento de su expedición, hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la que mediante fallo C-531 de esta Corte fue declarado inexequible, pero surtió todos sus efectos para quienes adquirieron el derecho durante la vigencia de la misma. Es decir, son destinatarios del reajuste mencionado los pensionados del Estado (antes del 1° de enero de 1989, retirados en forma definitiva). Al estudiar la constitucionalidad de la norma, durante su vigencia a efectos de resolver la legalidad del Decreto 2108 de 1992, con el artículo 13 de la Constitución, el Consejo de Estado, decidió declarar nula la expresión “orden nacional”, por considerarla contraria al principio de igualdad. Por tanto, no es válido hacer distinción en la modalidad pensional y menos aún si es de orden nacional, o del nivel territorial. Lo anterior significa que, en aras de respetar el derecho a la igualdad, el legislador no estableció ni puede establecer diferencias en el tratamiento y los requisitos para recibir el reajuste pensional, en razón a la modalidad de la misma. El derecho a la igualdad exige, como condición sine qua non para su aplicación real, que las autoridades otorguen idéntica

*protección, trato y definición a quienes se hallen en similar situación de hecho, para evitar la trasgresión del derecho fundamental y brindar seguridad jurídica, en cuanto a que, para el caso, las decisiones judiciales no estén sometidas al albur de que situaciones fácticas similares reciban decisiones opuestas, según el despacho al cual haya correspondido el conocimiento. **En síntesis, este es un principio inalienable, consagrado en la Constitución como un derecho fundamental, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, no pudiendo establecerse un trato diferente en razón al sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, y que tiene alcances más concretos en otras normas constitucionales, como en el artículo 53, precisamente sobre la igualdad de oportunidades para los trabajadores, pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales.** La actora tiene derecho al pago de su reajuste pensional, pues su esposo fue pensionado antes de 1989, **no es viable hacer diferencia entre el orden nacional o territorial y menos aún si la pensión es de jubilación o invalidez, argumentos que tienen un fundamento discriminatorio.***” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Entonces, en cuanto a la aplicación del reajuste contemplado en el art. 116 de la Ley 6 de 1992 y el art. 1 del Decreto 2108 del mismo año, Considera este Juez Colegiado que el pensionado por invalidez el 16 de mayo de 1977 tiene derecho, ya que su prestación fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 1989. No obstante, en la resolución 0779 del 10 de abril de 2019 que reposa a folios 41-42 del archivo CC1.pdf, no se evidencia error o detrimento, ya que la mesada reconocida al señor Cruz Campos para el año 1977 era de \$3.429.46 y para el año 1992 ascendía a \$73.473.67, es decir, que los reajustes para los años 1993 a 1995 que debía aplicarse, fueron superiores a los previstos bajo los presupuestos normativos Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, no debe olvidarse que el Decreto Reglamentario 2108 de 1992 ordeno el ajustes de la pensiones de jubilación causadas con anterioridad al 1 de enero de 1989, siempre y cuando presentaran diferencias con los aumentos de salarios, para el año 1992 el valor del salario era de \$65.190.00, siendo inferior a la mesada pensional reconocida al demandante.

Por último, el apelante realizo una acotación frente al tema de la prescripción para este tipo de reajustes pensionales, sin embargo, esta Corporación no se pronunciara al respecto, en el entendido que no procede lo peticionado, además porque la Juez no declaro la excepción propuesta por la demandada, por lo que, en este punto el recurso de apelación no se encuentra en consonancia con la sentencia proferida en primera instancia.

En consecuencia, se confirma la sentencia apelada, pero por las razones expuesta en esta instancia. Costas a cargo de la parte demandante en la suma de \$250.000.00. Se confirman las de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por DAVID CRUZ CAMPOS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$250.000.00, dadas las resultas del proceso. Se confirman las de primera instancia.

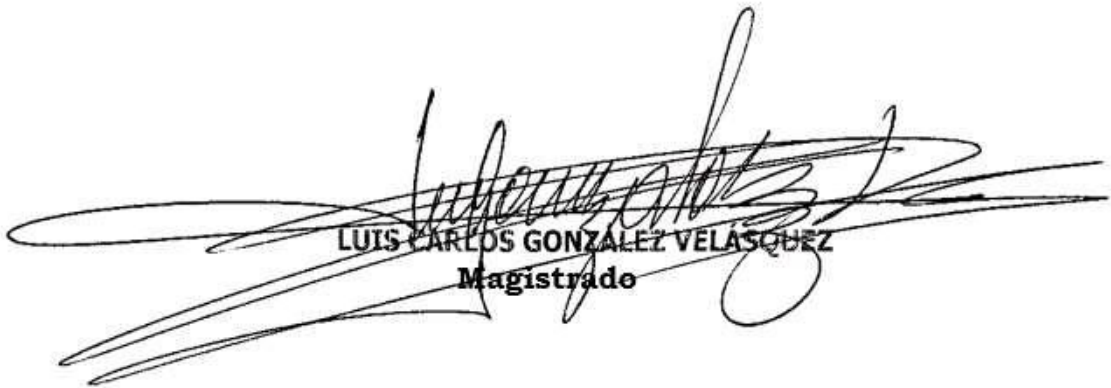
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105004202100308-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez – Fecha de Causación – Prescripción y suspensión de términos por pandemia del COVID-19 – Intereses Moratorios.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JULIO ISRAEL BUITRAGO LESMES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo no apelado.

ANTECEDENTES

JULIO ISRAEL BUITRAGO LESMES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se ordene a esta última a modificar la fecha a partir de la cual le reconoció la pensión de vejez, mediante la resolución SUB 259229 del 22 de noviembre de 2017, que debe hacerse efectiva desde el 01 de noviembre de 2017; que, se condene a COLPENSIONES a pagarle la mesada pensional de noviembre de 2017 y la adicional de diciembre de 2017, debidamente indexadas, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del juicio.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 19 de octubre de 2017, le solicitó a la demandada, el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue concedida mediante resolución SUB 259229 del 22 de

noviembre de 2017, en cuantía de \$9.710.046, a partir del 01 de diciembre de 2017; sin que COLPENSIONES, tuviera en cuenta que, radicada la solicitud de reconocimiento del derecho pensional, el 30 de octubre de 2017, éste le solicitó a su empleador PACKFILM LTDA, su desafiliación del Sistema General de Pensiones y la exclusión del pago de aportes a partir de esa misma fecha, conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4 de la Ley 797 de 2003, señalando expresamente en dicha comunicación que esto le permitiría obtener el retroactivo causado entre la fecha de desafiliación y la de reconocimiento de la pensión, por lo que, el último mes de aportes fue octubre de 2017, registrando la novedad en la planilla, de acuerdo a las instrucciones del operador de la PILA, dejándolo como *“4. Cotizante con requisitos cumplidos para pensión”*.

Aseguró que, de no haberse reportado la novedad, su empleador hubiese presentado mora en el pago de las cotizaciones, lo cual no ocurrió, pues, COLPENSIONES, no adelantó ninguna acción de cobro por ese motivo; que, el 13 de abril de 2018, le solicitó a la demandada, modificar la fecha de efectividad de la pensión de vejez, petición que fue resuelta por resolución SUB 117092 del 30 de abril de 2018, confirmada por la DIR 11694 del 21 de junio de 2018, ajustando su cuantía en la suma de \$9.760.780, pero no así en cuanto a la fecha de reconocimiento, que negó advirtiendo que no se cumplieron las reglas de efectividad de la Circular 01 de 2012, esto es, el retiro de su empleador para el periodo octubre de 2017 (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y en cuanto a los hechos, dijo no ser ciertos o constarle la mayoría de ellos. En su defensa argumentó que, en la historia laboral de JULIO ISRAEL BUITRAGO LESMES, se refleja como última cotización la realizada en el periodo noviembre 2017 por la compañía PACKFILM LTDA., motivo por el cual la pensión de vejez, se le reconoció a corte de nómina sin tener derecho a retroactivo alguno, pues tal como lo establecen los artículos 21, 33 y demás normas concordantes de la Ley 100 de 1993, la causación y el disfrute la pensión son figuras diferentes, siendo esta última procedente cuando el afiliado está retirado del Sistema General de Pensiones. Propuso la excepción previa de prescripción, que, en audiencia del 20 de septiembre de 2022, decidió el *a quo*, resolver con la sentencia (Archivos 12 y 13); también formuló las de fondo, que denominó inexistencia de causa para demandar, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y la innominada o genérica (Archivo 07).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de septiembre de 2022, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que COLPENSIONES, debe modificar la fecha a partir

de la cual reconoció la pensión de vejez, al demandante, mediante la resolución SUB259229 del 22 de noviembre de 2017, señalando que la misma es efectiva a partir del 01 de noviembre de 2017. Igualmente, declaró probada la excepción de prescripción, por lo que, no ordenó el pago del retroactivo reclamado. No impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación parcial, para que se revoque la declaratoria de prescripción de las mesadas reconocidas por el *a quo*, ya que dicho fenómeno no pudo haber operado, pues, el artículo 1 del Decreto 564 de 2020, dispuso la suspensión de términos judiciales, en todo el territorio nacional, desde el 16 de marzo de 2020 y hasta cuando el Consejo Superior de la Judicatura, así lo determinara; igualmente solicitó acceder al reconocimiento de los intereses solicitados en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, el demandante, insistió en que, tiene el derecho al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales de noviembre de 2017 y la adicional de diciembre del mismo año, debido a que, con la suspensión de términos dispuesta, por el Decreto 564 de 2020, cuando la demanda se radicó el 07 de julio de 2021, no había operado la prescripción *“en consideración a los días de suspensión que transcurrieron entre el 16 de marzo y el 26 de abril de 2020”*.

COLPENSIONES, por su parte, indicó que, al señor JULIO ISRAEL BUITRAGO LESMES se le reconoció pensión de vejez mediante Resolución SUB 259229 del 16 de noviembre de 2017 y mediante Resolución DIR 11694 del 21 de junio de 2018 se confirmó todas y cada una de las partes de la Resolución SUB 117092 del 30 de abril de 2018, negando el retroactivo solicitado, decisión que fue notificada a la parte demandante el 04 de julio de 2018, evidenciando así, que la acción se encuentra prescrita, toda vez que la demanda se interpuso el 11 de julio de 2021, habiendo transcurrido más de 3 años; además que, en lo que respecta a la petición del pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos también son improcedentes, ya que, sólo se reconocen cuando las mesadas no han sido pagadas puntualmente, circunstancia que en el presente caso no se presenta, en atención a que esa Administradora, ha venido cancelando las mesadas pensionales al demandante, de manera oportuna y sin retraso.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala deberá determinar, *i)* si le asiste al demandante, derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 01 de noviembre de 2017; y, en caso afirmativo, *ii)* si operó o no el fenómeno de la prescripción; y *iii)* si hay lugar al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Tal como lo advirtió la Primera Instancia, COLPENSIONES, a través de la Resolución SUB 259229 del 16 de noviembre de 2017, le otorgó pensión de vejez al demandante, a partir del 01 de diciembre de esa anualidad, en cuantía inicial de \$9.710.049, pensión que se concedió bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003; la cual fue reajustada por la resolución SUB 117092 del 30 de abril de 2018 y confirmada por la DIR 11694 del 21 de junio de 2018, aumentando su cuantía a la suma de \$9.760.780, (Archivos 04 y 07).

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Sobre el tema en particular, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que: *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

En tal sentido la sentencia CSJ - SL del 24 marzo 2000, rad. 13425; precisó:

*“1-. Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. **La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.***

“Así lo entendió en lo fundamental el tribunal, al aplicar e interpretar acertadamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que no tiene el sentido pretendido por la censura. Al respecto cabe precisar que, reunidos los requisitos mínimos del régimen de beneficio definido prescritos en los reglamentos o en la Ley, puede el asegurado solicitar la pensión de vejez que se ha causado en su favor. Mas, como es lógico, la tramitación de su petición puede requerir de un tiempo prudencial mientras el ente asegurador comprueba que se han cumplido satisfactoriamente las condiciones respectivas. Entretanto continuará el pago de las cotizaciones que muy seguramente aumentarán el valor de la pensión reclamada.

“La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.

“Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora, cumple precisar que el disfrute de la pensión de vejez, por regla general se hace a partir de la desafiliación al sistema, atendiendo al mandato del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y 35 ibidem, preceptos que se mantienen vigentes, al amparo de lo previsto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no obstante, jurisprudencialmente se tiene dicho que existen situaciones en las que resulta inane exigir el cumplimiento del requisito de la desafiliación, para entrar a percibir las mesadas pensionales; es así como, tras haberse causado el derecho, no será necesaria la desafiliación del trabajador del Sistema General de Pensiones, para reconocer la pensión desde su causación, cuando tras haber cumplido los requisitos legales, es conminado por la Administradora de Pensiones, a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad para reconocer el derecho o cuando deja de pagar sus cotizaciones, lo que refiere su intención inequívoca de desafiliarse del sistema (Sentencias SL5603 de 2016, SL1302 de 2021, SL 2061 de 2021, entre otras).

En este orden de ideas, comoquiera que, el señor JULIO ISRAEL BUITRAGO LESMES, cumplía con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, fue por lo que, el 19 de octubre de 2017, elevó la petición para el reconocimiento pensional, ello si se tiene en cuenta que para esa fecha ya había cumplido los 62 años de edad y había cotizado 1.902 semanas, como se observa en el reporte de semanas cotizadas que milita de folios 31 a 41 del Archivo 07, prueba de la cual también se advierte que la última cotización efectuada por el empleador ENVASES PLASTICOS, a favor del actor, correspondió al mes de octubre de 2017, lo que también se determina con la comunicación del 30 de octubre de 2017, presentada por el actor, ante su empleador PACKFILM LTDA, solicitando “mi desafiliación del sistema de pensiones a 30 de octubre de 2017”, la planilla de aportes en línea, que para el mes de noviembre de 2014 y respecto del actor, reporta cero (0) en la cotización a pensión (fls. 14-17 Archivo 04); por lo que, contrario a lo señalado por COLPENSIONES, el empleador del demandante, sí reportó la novedad de retiro del sistema a partir del 01 de noviembre de 2017, siendo esta la fecha desde la cual procedía el reconocimiento del derecho a la pensión.

Así las cosas, sin que se encuentre acreditada justificación válida alguna para que COLPENSIONES a *motu proprio* resolviera reconocerle al actor, la pensión de vejez, en cualquier fecha posterior a la de su retiro efectivo del Sistema pensional, habrá de confirmarse la decisión del Juez de Primera Instancia, en este sentido.

DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS POR LA PANDEMIA DEL COVID-19

Alegó la parte demandante, que, contrario a lo manifestado por el Juez de Primera Instancia, en el presente caso, no operó el fenómeno de la prescripción, pues, teniendo en cuenta la suspensión de términos judiciales, dispuesta en el Decreto 564 de 2020, como medida tomada por el Gobierno Nacional ante la emergencia sanitaria del COVID-19, la demanda fue radicada oportunamente; razón por la cual, considera que, debe ordenarse el pago del retroactivo reclamado.

Al respecto, el artículo 151 del CPTSS, sobre la prescripción de los derechos en materia laboral indica: *“PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

Aclarado lo anterior, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

De otra parte, es preciso señalar que, con ocasión de la pandemia del COVID-19, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 564 de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, el cual dispuso en su artículo 1, que:

“Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales.

El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente...”

Por su el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdos PCSJA-11517, PCSJA20-11518, PCSJA-11519, PCSJA-11521, PCSJA20-11526, PCSJA-11527, PCSJA-11528, PCSJA-11529, PCSJA-11532, PCSJA-11546, PCSJA-11549, PCSJA-11556 y PCSJA-11567 suspendió los términos judiciales a partir del 16 de marzo de 2020, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19, y posteriormente, con el Acuerdo PCSJA-11581 del 27 de mayo de 2020, dispuso el levantamiento de dicha suspensión, a partir del 01 de julio de 2020.

Así las cosas, habiendo el demandante, solicitado el 13 de abril de 2018, la reliquidación de la pensión de vejez, éste, a la luz de lo establecido por el artículo 151 del CPTSS en concordancia con el 488 del CST, tenía hasta el 13 de abril de 2021, para interponer la presente demanda ordinaria; no obstante, dicho término se interrumpió entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020; por lo tanto, del 13 de abril de 2018 al 15 de marzo de 2020, día anterior al inicio de la suspensión de términos judiciales, sólo había transcurrido 1 año, 11 meses y 2 días y, entre el 01 de julio de 2020, fecha de reanudación de los términos judiciales y el 07 de julio de 2021, fecha de radicación de la demanda (fl. 16 Archivo 01), pasaron 1 año y 6 días, en total 2 años, 11 meses y 8 días; por lo tanto, contrario a lo manifestado por el Juez de Primer Grado, en el presente caso, entre la petición de reliquidación y la fecha de presentación de la demanda, no transcurrieron los 3 años para que operara el fenómeno de la prescripción.

En ese orden de ideas, habrá de revocarse el ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar, declarar no probada la excepción de prescripción y, condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al pago de DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTIÚN MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$19.521.560,00) correspondientes a la mesada de noviembre de 2017 y la adicional de diciembre del mismo año.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Solicita la parte actora, que se ordene el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que, acreditó en debida forma que, el derecho a la pensión de vejez se causó desde el 01 de noviembre de 2017, siendo injustificada la decisión de concederle ese derecho en fecha posterior.

Al respecto, señala el tenor literal del artículo 141 de la Ley 100 de 1993: *“INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

Claro es que, si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredita el derecho pensional y la Entidad encargada de reconocerlo no lo hace, incurre en mora, surgiendo la obligación de reconocer los intereses moratorios; en el presente caso, como quedó demostrado, el empleador del demandante, sí reportó la novedad de retiro del sistema a partir del 01 de noviembre de 2017, por lo tanto, desde allí procedía el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez y no como dispuso COLPENSIONES en la resolución SUB259229 de 2017, desde el 01 de diciembre de 2017.

Así las cosas y comoquiera que, en el presente asunto no se advierte alguna de excepciones para que la demandada se exonere del pago de los intereses moratorios, esto es, que: *i)* se trate de prestaciones pensionales consolidadas

antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; *ii*) exista incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional, es decir, que la administradora tiene serias dudas sobre quién es el titular del derecho pensional por existir controversia entre sus beneficiarios (CSJ SL14528-2014); *iii*) las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo (CSJ SL704-2013); *iv*) el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; *v*) se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; *vi*) el pago de las mesadas pensionales no supera el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba otorgar la prestación pensional, y *vii*) la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL5079-2018 y CSJ SL3130-2020). Es por lo que, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que el demandante, no obtuvo de su derecho a la pensión, desde que este realmente se causó

Por lo tanto, como la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez la elevó por primera vez el actor, el 19 de octubre de 2017, el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde que surgió el derecho deben ser reconocidas con los correspondientes intereses moratorios generados desde el 19 de febrero de 2018, teniendo en cuenta que se ha establecido un plazo máximo de cuatro (4) meses a partir de la radicación de la solicitud para resolver la petición de la pensión de vejez y al haberse presentado solicitud el 19 de octubre de 2017, la entidad contaba con cuatro meses, los cuales vencían el 19 de febrero de 2018.

Conforme a las anteriores consideraciones, la Sala, adicionará el ordinal quinto de la sentencia apelada, para en su lugar disponer el pago de los intereses moratorios peticionados, sobre el retroactivo debido, a partir del 19 de febrero de 2018 y hasta que se verifique su pago.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Sin costas en la alzada ante su no causación. Se revocan la decisión de Primera Instancia, que cuanto no las ordenó, para que, se impongan a la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción y

CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a pagar al demandante **JULIO ISRAEL BUITRAGO LESMES** la suma de DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTIÚN MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$19.521.560,00), correspondiente a las mesadas adeudadas de noviembre de 2017 y la adicional de diciembre de 2017, valor que deberá ser indexado al momento de su pago, de conformidad con la fórmula descrita en la parte considerativa, conforme a lo previsto en la parte motiva

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, y **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a pagar al demandante **JULIO ISRAEL BUITRAGO LESMES**, intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo debido, a partir del 19 de febrero de 2018 y hasta que se verifique su pago, de acuerdo con lo señalado en las consideraciones de esa decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia que serán a cargo de la demandada COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 1100131050042019201900313-02

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de Trabajo - Indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo por obra o labor.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 01 de noviembre de 2022 por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ ALEJANDRO CAMARGO LEMOS** en contra de **OPENLINK SISTEMAS DE REDES DE DATOS S.A.S.**

ANTECEDENTES

JOSÉ ALEJANDRO CAMARGO LEMOS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de OPENLINK SISTEMAS DE REDES DE DATOS S.A.S., para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por obra o labor, que terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador; que, se declare la ilegalidad de la terminación del contrato de trabajo; y, en consecuencia, que, se condene a la demandada, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, consistente en los salarios que le hacían falta para culminar la obra o labor contratada, esto es, del 05 de agosto de 2017 al 31 de julio de 2018 o hasta la fecha en que se pruebe la terminación del contrato No. 1176 que la demandada suscribió con la Agencia para la Reincorporación y la Normalización – ARN antes ACR; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 09 de diciembre de 2016, suscribió contrato de trabajo por obra o labor, con la demandada, como coordinador de servicios conexos, para el contrato 1176

celebrado por la Agencia para la Reincorporación y la Normalización – ARN y la Unión Temporal ACR-OPLK-Maicrotel 2016, conformada por OPELINK SISTEMAS DE REDES DE DATOS S.A.S. y M@ICROTEL S.A.S.

Indicó que, por decisión de la demandada, el 27 de diciembre de 2016, sin previo aviso ni capacitación, fue trasladado al cargo de Director de Servicios Conexos ACR; que, el último salario devengado fue la suma de \$5.000.000; que, conforme a la cláusula cuarta del contrato 1176 suscrito entre la ARN y la UT ACR-OPLK-MAICROTEL 2016, la vigencia del mismo era de 20 meses contados desde el 01 de diciembre de 2016 y éste sería el mismo plazo de duración de su contrato de trabajo.

Refirió que, el 02 de agosto de 2017, fue citado a descargos, que debía rendir el 03 de agosto de 2019 a las 11:30 a.m., alegando graves y sistemáticas falencias en el desarrollo de sus funciones, entre otras; que, nunca se le informaron de forma verbal o escritas las funciones que debía desempeñar como coordinador y mucho menos director de servicios conexos; que, el 04 de agosto de 2017, la demandada, decidió finalizar su contrato de trabajo, alegando una justa causa, no obstante, aseguró que, ésta es ilegal, porque incluyó otras causales, por las que, no fue llamado a descargos, además, no concreta ni precisa los actos constitutivos de las violaciones graves a sus obligaciones; que, no tuvo la oportunidad de apelar la decisión del empleador, por lo que, no se le garantizó el debido proceso, ni la doble instancia (fls. 5-33 y 159-187 Archivo 01)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, **OPENLINK SISTEMAS DE REDES DE DATOS S.A.S.**, aceptó la mayoría de los hechos y se opuso a todas y cada una de las pretensiones, alegando que, al demandante, se le respetó el debido proceso, el derecho de contradicción y defensa; y que, la terminación del contrato de trabajo del actor, se produjo por una justa causa, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Propuso las excepciones de inexistencia de los hechos y las causas que configuran el derecho a recibir la indemnización establecida en el artículo 64 del CST, buena fe, incumplimiento de las obligaciones especiales establecidas en el artículo 58 del CST y excepción de contrato no cumplido y la genérica (fls. 195-205 Archivo 01).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de noviembre de 2022, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de una relación laboral entre las partes, por duración de obra o labor contratada, desde el 09 de diciembre de 2016 al 04 de agosto de 2017; absolvió a la demandada, de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas las excepciones de incumplimiento de las obligaciones especiales que establece el artículo 58 del CST y contrato no cumplido formuladas por la demandada; condenó en costas al demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, las partes no presentaron alegaciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala deberá determinar, si resulta o no acertada la decisión del *a quo*, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, o si, por el contrario, se debe acceder al pago de la indemnización por despido sin justa causa que reclama el demandante.

DE LA RELACIÓN LABORAL QUE ATÓ A LAS PARTES

No fue materia de reparo por ninguna de las partes la existencia del contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada, que ató a las partes entre el 09 de diciembre de 2016 y el 4 de agosto de 2017, en virtud del cual el actor se desempeñó como coordinador y luego director de servicios conexos, para el contrato de prestación de servicios 1176, celebrado entre la Unión Temporal ACR-OPLK-MACROTEL 2016 y la AGENCIA COLOMBIANA PARA LA REINTEGRACION DE PERSONAS Y GRUPOS ALZADOS EN ARMAS; percibiendo como ultima asignación mensual la suma de \$5.000.000,00, circunstancias que además se corroboran con la copia del contrato de trabajo y la carta de terminación, que militan a folios 45 a 63 y 115 del archivo 01 del expediente digital, entre otras.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Reclama el demandante, el pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues, considera que, la decisión unilateral de su empleador, de finalizar el vínculo laboral, fue injustificada, además que, no se le garantizó el debido proceso, la doble instancia, ni el derecho a la defensa y contradicción, incluyendo en la carta de terminación del vínculo laboral causales nuevas que no fueron inicialmente puestas en su conocimiento.

De acuerdo a la carta de terminación del contrato que milita a folio 115 del Archivo 01 del expediente digital, no cabe duda que la decisión del finiquito del vínculo laboral provino de la sociedad empleadora OPENLINK SISTEMAS DE REDES DE DATOS S.A.S., quien para el efecto le imputó al aquí demandante los hechos que calificó como graves y que se resumen a los siguientes: fallas para la facturación final con el cliente, falta de seguimiento a los compromisos que como empresa contratista la demandada había adquirido con el cliente ARN y falta de liderazgo en el ejercicio de su rol.

Encontrándose entonces plenamente acreditado que la finalización del contrato obedeció a la voluntad de la empleadora le correspondía a ésta demostrar la justedad de la falta imputada.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, el contrato de trabajo suscrito entre las partes, el 09 de diciembre de 2016, donde se estipuló que, el actor, era contratado como coordinador de servicios conexos (fls. 45-46 Archivo 01); el contrato 1176 de Prestación de servicios, suscrito entre la UNIÓN TEMPORAL ACR-OPLK-MAICROTEL 2016 y la Agencia Colombiana para la Reintegración, con el objeto de *“Contratar la prestación de servicios de gestión del centro de servicios y soporte tecnológico, gestión del servicio a la red LAN/WLAN, telefonía IP, servicios de monitoreo y seguridad y conexos”* (fls. 65-83 Archivo 01); comunicación del 02 de agosto de 2017, mediante la cual la demandada citó a descargos al actor, por *“Las graves y sistemáticas falencias presentadas en el desarrollo de sus funciones relacionadas con la implementación de controles que permitan la facturación del 100% de sus servicios. El malestar que ha generado con el cliente ACR o ARN según información remitida por el supervisor del contrato, frente a la falta de seguimiento a los compromisos realizados con la Entidad. Falencias en su rol de líder de área. Falta de proactividad en los servicios liderados”* (fls. 105-107 Archivo 01); acta de descargos, celebrados el 03 de agosto de 2017, donde el actor, alegó atenerse al texto de las funciones que se estipularon en el respectivo contrato de trabajo, desconociendo cualquier inconformidad del cliente, menos aún falencias en su rol de líder, *“realmente yo he demostrado mucha proactividad en los servicios liderados”*, atribuyendo a la empresa deficiencias en la prestación del servicio, que han llevado al supervisor a citar en varias oportunidades a la demandada, a descargos *“La primera de estas se generó a finales de diciembre en la cual estaba recién nombrado de director de servicios y no tenía responsabilidad alguna con respecto a la gran cantidad de retrasos en todos los servicios que OPENLINK había suscrito en la Unión Temporal con MAICROTEL para la ACR en su momento”* (fls. 109-113 Archivo 01).

También se aportaron, comunicación del 13 de enero de 2017 de la Agencia Colombiana para la Reintegración – ACR, al representante legal de UT ACR-OPLK-MAICROTEL 2016, requiriendo el cumplimiento del objeto y obligaciones pactadas en el contrato y la oferta por ellos presentada; citación del 14 de marzo de 2017, de la ACR, dirigida al representante legal de la UT para audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por un presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales; requerimiento de la ACR a la UT ACR-OPLK-MAICROTEL 2016, para que cumpla con los servicios informáticos, sin interferir en la actividad de la Entidad, pues, no se encontraba en funcionamiento la línea telefónica de servicios, ni la transferencia de llamadas (fls. 119-147 archivo 01); certificaciones laborales con las funciones que debía desarrollar el actor (fls. 149-151 y 215 Archivo 01).

Asimismo, militan en el expediente, correos electrónicos de la demandada al actor, de diciembre de 2016, solicitando en múltiples oportunidades, el diligenciamiento de un formato con las funciones y responsabilidades en su labor diaria (fls. 207-211 Archivo 01); oficio del 28 de junio de 2017, por medio del cual el cliente ACR hoy ARN, le informó al representante legal de la UT ACR-OPLK-MAICROTEL 2016, que, *“después de hacer seguimiento y evaluación al desempeño del ingeniero José Alejandro Camargo profesional designado por a UT para desempeñar el rol*

de Director de Servicios, se solicita adelantar la gestión para el reemplazo del citado profesional en razón a que en los seis (6) primeros meses de ejecución se ha evidenciado falencias en la implementación de controles que permitan garantizar el cumplimiento de los servicios objeto del contrato y en la presentación de reportes por demanda asociados a los servicios contratados, principales funciones establecidas para el equipo de trabajo que han impactado en la calidad de los servicios contratados. En consecuencia, se solicita presentar a la mayor brevedad, las correspondientes hojas de vida propuestas para suplir dicho rol...” (fl.213 Archivo 01); perfil para el cargo de Director de Servicios ACR, de la demandada, con fecha de aprobación 21 de abril de 2017 (fls. 219-222 Archivo 01); correo electrónico del 02 de agosto de 2017, de la Gerente de Servicios de Openlink, a la Coordinadora de Recursos Humanos de la demandada, donde se relacionan “los puntos en los que el ing José Alejandro Camargo evidenció falencias” (fls. 223-224).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante, informó que fue contratado por la demandada, para ejercer el cargo de coordinador de servicios conexos, por lo que tenía a su cargo la realización de gestiones para que la ACR, entrada en el plan de digitalización fijado por el Gobierno nacional; que, en ese cargo no tenía la función de facturación, pues, ésta se encontraba a cargo de la ingeniera Diana Marcela Rueda, ya que, durante el tiempo que estuvo vinculado con la accionada, “yo realmente no tenía ninguna injerencia sobre la facturación de servicios”; que, como coordinador “era el veedor de los servicios como tales y la función de liquidación como tal, en lo que era el acuerdo de las reuniones, soy (sic) delegar a la ingeniera Diana Marcela Rueda, estuve siempre verificando que los servicios se estuvieran facturando en la medida de lo posible según los cumplimientos de los mismos”; que, la facturación se realizaba por Diana Marcela Rueda, desde antes de su ingreso a Openlink, porque a ella la habían contratado como directora de servicios “y, después cuando me nombraron director de servicios, entonces yo continúe con las labores pertinentes de todos los servicios, verificando la funcionabilidad, pero la labor específica de facturación, como tal, estuvo a cargo de la ingeniera Diana Marcela Rueda y yo estuve verificando que los servicios fueran acorde a esa facturación”; que, las funciones de facturación, eran del director de servicios, con independencia de la persona que ocupara el cargo; que, no hubo falencias en cuanto a la facturación con el cliente, sino en los servicios prestados, “si los servicios no llenaban las expectativas de la Entidad, había unas cláusulas de descuento como tal, entonces la facturación era lo que se aportaba y acordaba con la Entidad, para determinar si se cumplieron los servicios como tal”; que, la ACR se quejó en el mes de diciembre de 2016 y posteriormente citó a audiencia a la Empresa, por problemas en la prestación de los servicios y por retrasos en la ejecución en marzo de 2017, de lo cual él estaba encargado cuando asumió el rol de director de servicios; que, Openlink estaba fallando en la prestación del servicio, por retrasos en la implementación de toda la infraestructura requerida para los servicios contratados; que, la ACR, no estaba inconforme con el rol del Director, sino con el incumplimiento en los planes de implementación de los servicios a cargo de Openlink, “yo era el encargado de responderle a la ACR por los servicios”, de la implementación había dos gerentes a cargo, una de ellas Catalina Mutis, Gerente de Servicios; que, “no hubo falencias en la facturación hubo fue el incumplimiento de la empresa hacia la idoneidad de los servicios que impidió que se facturara al 100%”, hubo retrasos en la implementación y fallas graves como un problema de telefonía de marzo de 2017, por demora del socio de la Empresa, que impidió que se pudiera facturar el mismo, “si bien se hizo toda la gestión para

que los servicios, en lo posible tuvieran la idoneidad del caso, la imposibilidad de prestarlos en las calidades que requería la ACR, en su momento, no fue posible debido a que la infraestructura no se encontraba lista y acorde a las expectativas de la Entidad”; que, la persona que debía estar pendiente de la infraestructura y que ésta estuviera lista para prestar el servicio, era la Gerencia de Servicios, porque “el director de servicios vela porque ya los servicios implementados cumplan el propósito del contrato como tal”.

Por su parte, el liquidador de la demandada, manifestó que, al actor, se le citó a descargos mediante comunicación del 02 de agosto de 2017, indicándole las razones por las cuales existía inconformidad de la compañía, *“básicamente por falencias que impedían que OPELINK pudiera facturar al 100% de los servicios que brindaba, la falta de liderazgo que ejercía el señor José Alejandro Camargo, ya que él era el líder, coordinador y director del proyecto y como tal, pues, él era el que tenía que estar pendiente, como de ese tipo de actividades, como es la facturación en debida forma, porque la compañía vive es de prestación de servicios, entonces si no se factura vamos a tener graves problemas económicos en la Compañía”*; que, el actor, como líder debía estar al frente de las inconformidades y del buen servicio que tenía que brindársele al cliente, *“si la ACR, que es quien nos está pagando tiene insatisfacciones o incumplimientos en la prestación de nuestros servicios nos pueden dar por terminado el contrato, generar una caducidad y unos perjuicios graves para la Compañía”*; que, al demandante, al momento de iniciar el contrato se le explicaron las funciones que debía cumplir, *“sorprende que se argumente a estas alturas desconocimiento en sus funciones a un señor que se le encomendó el liderazgo de un contrato, la coordinación de un contrato con una Entidad pública”*; que, desconoce si el actor, fue capacitado para el cargo, no obstante, aseguró que éste fue contratado dadas sus condiciones profesionales y académicas; que, en la carta de terminación del contrato, no se le endilgaron al actor, causales distintas al incumplimiento de sus funciones, que desde la citación a descargos le había sido informada.

También declaró en el proceso, DIANA MARCELA RUEDA MUÑOZ, quien, dijo conocer al demandante, desde el año 2005, pero que trabajaron juntos en OPENLINK desde el finales de 2016, ella era Directora de servicios y el señor Carlos, era coordinador de servicios conexos; que, ella como directora de servicios, tenía a su cargo todo el tratamiento de la relación con el cliente, para llevar a cabo el desarrollo del contrato y la implementación de los servicios; que, cuando ella ingresó a la Empresa, no le fueron informadas sus funciones, sino que las mismas se fueron generando de acuerdo con la dinámica de implementación del contrato; que, la facturación de servicios le fue encargada por parte del gerente del proyecto; que, el coordinador de servicios, por su parte, estaba encargado de la implementación o desarrollo documental y relacionamiento con el cliente para la implementación de normas, leyes o decretos MINTIC; el director de servicios, tenía funciones relacionadas con el tratamiento de proveedores, y con el cliente una parte más de jefatura y gerencia con la Entidad; que, la testigo trabajó para OPENLINK hasta diciembre de 2018; que, ella no estuvo presente en la terminación del contrato de trabajo del demandante; que, el actor, tuvo el cargo de director de servicios después de enero o febrero de 2017 y hasta julio de 2017; que, el demandante, como director de servicios hizo todo el relacionamiento con los proveedores para realizar la continuidad con el proveedor saliente y mantener activo el servicio para la

Entidad; que, como la testigo inició el proceso de ejecución del contrato entre OPENLINK y la ACR, ella y el actor, manejaban una responsabilidad compartida; que, la función de facturación, fue encargada directamente a la testigo por el gerente del proyecto y el demandante, no tenía ni como director, ni coordinador la función de facturación; que, el demandante, supervisaba las funciones que la testigo cumplía, pero, que el actor hacía la presentación hacia el cliente de los informes y posteriormente la declarante y la gerente del proyecto, hacían los acuerdos previos con el cliente, para el tema de facturación; que, los superiores del director de servicios eran el director de proyectos y un gerente de servicios; que, OPENLIK se ganó un contrato con la ACR, para realizar la implementación de los servicios tecnológicos de mesas de servicios, temas de conectividad y telefonía; también indicó que, la gerente de proyectos era la persona encargada por OPELINK, para verificar que todo funcionara y el demandante, era director de servicios y tenía a su cargo de forma compartida la parte de servicios conexos; que, la ACR se quejó por una demora en los servicios a cargo de OPENLINK, por tanto, *“si se presentaban inconvenientes o fallas en la entrega de algo, tocaba hacer mesas de trabajo, intervenir con las personas, entonces, pues, había muchas personas que intervenían con la prestación de los servicios y el demandante era una persona que dirigía algunas acciones frente a la consecución del objetivo que era la implementación”*; que, el cambio de rol entre la testigo y el actor, se hizo mediante una notificación verbal; que, la facturación dependía de la continuidad de los servicios y un trabajo paralelo, para la implementación de servicios nuevos, respecto de los cuales el cliente había suscrito el contrato con OPENLINK, siendo responsabilidad del actor, el relacionamiento con los proveedores salientes para dar continuidad a la prestación de los servicios de la Empresa hacia la ACR; que, la continuidad e implementación eran responsabilidad del gerente de proyectos y las personas encargadas de la implementación de cada servicio, no del director, *“la Entidad contrató varios servicios, eso hace que en ese momento hayan muchos intervinientes en la consecución de ese objetivo, que estaba inicialmente liderado por un gerente de proyecto”* y la relevancia del director *“era el relacionamiento con el cliente y el relacionamiento en su momento de acuerdo con los encargos realizados por el gerente, para la consecución de un nivel de continuidad de servicios para evitar que la entidad quedara sin servicios activos y para todo el tema de coordinación, con algunas partes intervinientes para la consecución del objetivo que era la implementación de los nuevos servicios a cargo de OPENLINK”*; que, el demandante, era responsable de los informes y relacionamiento con todos los compañeros para el desarrollo de todas las actividades y la consolidación de los informes mensuales que pedía el cliente como soporte de la prestación de servicios y su sustentación frente al cliente; que, por los inconvenientes de facturación, se hicieron unas mesas de trabajo, donde participó el actor, para contextualizar a los gerentes de proyecto, en las circunstancias que llevaron a descuentos en los procesos de facturación.

De las pruebas antes señaladas, advierte la Sala, que, contrario a lo manifestado por la parte actora, dentro del trámite de descargos, no se le vulneró al demandante el debido proceso, menos aún su derecho de contradicción y defensa, pues, desde la citación del 02 de agosto de 2017, la demandada, le manifestó *“las presuntas fallas cometidas”*, enunciando cada una de ellas y, pese a contar con la posibilidad de controvertir tales causales, dentro de la diligencia de descargos, el señor José Alejandro Camargo Lemos, se limitó a contestar de manera evasiva, remitiéndose en reiteradas oportunidades, al texto del contrato

de trabajo, sin desmentir las faltas endilgadas por su empleador; tampoco se observa que, en la carta de terminación del contrato de trabajo, se hayan invocado razones diferentes para finiquitar el vínculo laboral, reiterando en ésta, la empresa OPENLINK SISTEMAS DE REDES DE DATOS los mismos motivos que fueron objeto descargos, esto es, su falta de diligencia en la implementación de controles para lograr una facturación del 100% de los servicios, el malestar del cliente por su falta de seguimiento a los compromisos, falencias en el rol de líder de área y falta de proactividad (fls. 107 y 115 Archivo 01).

Ahora bien, nótese como al absolver interrogatorio de parte, el demandante, reconoció que, como director de servicios, aunque no tenía injerencia en el proceso de facturación, pues, esa función fue delegada a la señora Diana Marcela Rueda, sí era el responsable ante la ARC, por los servicios contratados por ésta con OPENLINK SISTEMAS DE REDES DE DATOS S.A.S., sin que informara nada respecto a las medidas que tomó para corregir las inconformidades o requerimientos del cliente; es más, admitió que hubo retrasos y fallas en los procesos de implementación de los sistemas informáticos, pero, al igual que en la diligencia de descargos, fue ambiguo en sus respuestas, imputando el incumplimiento del contrato de prestación de servicios, a la empresa demandada, de manera general y sin señalar un responsable directo, contradiciéndose con su propio dicho, pues, siendo representante del empleador, ante el cliente, primero como coordinador y luego como director, no es posible considerar que su rol se limitara a redactar y presentar informes, sin atender los requerimientos, quejas e inconformidad que la ACR le hacía por la demora e incumplimiento en los servicios contratados.

Igualmente, y aunque la testigo DIANA MARCELA RUEDA MUÑOZ, también fue poco precisa en sus respuestas, ésta dejó claro que, el actor, como director de servicios, tenía que velar por la continuidad de lo que dejaba funcionando el proveedor saliente y responder por lo contratado, para que se mantuviera activo; no obstante, el demandante, no fue diligente en su gestión, al punto que la misma Entidad contratante, mediante comunicación del 28 de junio de 2017, le solicitó a la Unión Temporal, conformada, entre otras, por la demandada, el “reemplazo” del demandante, por *“falencias en la implementación de controles que permitan garantizar el cumplimiento de lo servicios objeto de contrato”*.

Así las cosas, considera la Sala, que, la demandada, demostró la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, por lo que, no puede ser acreedor a la indemnización reclamada; debiéndose confirmar la sentencia consultada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de noviembre de 2022, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ ALEJANDRO CAMARGO LEMOS** contra **OPENLINK SISTEMAS DE REDES DE DATOS S.A.S.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105035201900319-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reembolso de prestaciones económicas y asistenciales.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, en contra de la sentencia proferida el 02 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la **EPS FAMISANAR S.A.S** en contra de **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA**.

ANTECEDENTES

La EPS FAMISANAR S.A.S., promovió demanda ordinaria laboral contra LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, para que, se declare que ésta, debe reconocer y pagar de todos los gastos generados por concepto de prestaciones asistenciales y económicas que fueron brindadas y pagadas a los trabajadores afiliados a esa ARL, y que, ascienden a la suma de \$167.665.629, por 214 facturas relacionadas en la columna S “*SALDO ENERO 2019*”, del cuadro anexo a la demanda, junto con los intereses moratorios, las agencias en derecho y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, atendió a 45 trabajadores, que sufrieron accidentes de trabajo o les fueron diagnosticadas enfermedades laborales, las cuales fueron asumidas por esa EPS, pese a que éstos se encontraban afiliados a LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, para riesgos laborales, por lo tanto, ésta debió constituir una reserva técnica destinada a cubrir las prestaciones económicas y asistenciales de cada uno de los siniestros; que, la EPS, radicó ante la demandada, 240 formularios de recobros, con los soportes documentales; no obstante, la ARL, los devolvió con glosas, a las cuales se opuso FAMISANAR, sin que a la fecha de presentación de

la demanda, se haya dado respuesta a 159 formularios de reembolso, pese a los varios requerimientos efectuados por correos electrónicos, sin obtener ninguna respuesta de su parte (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA** se opuso a todas las pretensiones; en cuanto a los hechos dijo no ser ciertos o no constarle; afirmó que, no le adeuda suma alguna a la EPS FAMISANAR S.A.S., por concepto de los recobros o reembolsos contenidos en la cuentas o facturas base de este proceso, pues, las glosó por motivos serios y fundados, sin que la actora, las subsanara; que, en algunos casos ya realizó el pago total o parcial y, en otros, los trabajadores, no se encontraban afiliados a esa ARL, al momento de la prestación reclamada; que, FAMISANAR dejó prescribir sus acciones respecto de múltiples facturas y frente a otras, simplemente no las radicó ante esa Administradora. Propuso las excepciones de extinción de las obligaciones respecto a las solicitudes “facturas” que se encuentran debidamente canceladas por parte de La Equidad Seguros de Vida OC – pago total; extinción de las obligaciones respecto a las solicitudes “facturas” que se encuentran debidamente canceladas por parte de La Equidad Seguros de Vida OC – pago total; compensación del valor pagado en exceso en algunas facturas; inexistencia de la obligación en cabeza de La Equidad OC – objeción o glosa seria y fundada de las cuentas solicitadas para el reembolso por la cual fue devuelta – falta de cumplimiento de los requisitos para la prestación de este tipo de solicitudes – aceptación de glosas por respuesta extemporánea de Famisanar; inexistencia de obligación – falta de legitimación en la causa por pasiva – La Equidad Seguros de Vida O.C. no es la ARL llamada a responder; prescripción de las acciones tendientes a obtener el cobro de las prestaciones base de este proceso; inexistencia de obligación por parte de La Equidad Seguros Vida O.C. – ausencia de reclamación y la genérica (Archivo 09).

REFORMA DE LA DEMANDA

Estando dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 28 del CPTSS, la demandante, procedió a adicionar pruebas documentales, solicitar un testimonio y presentar un dictamen pericial (Archivo 10).

Por auto del 27 de enero de 2021, el Juez de Primer Grado, admitió la reforma y ordenó su traslado a la demandada (Archivo 13).

CONTESTACIÓN REFORMA DE LA DEMANDA

LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, reiteró los mismos argumentos expuestos en su escrito de contestación a la demanda inicial (Archivo 14)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de noviembre de 2022, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO, a pagar a favor de la EPS FAMISANAR S.A.S., la suma de \$13.263.742,89 por concepto de intereses moratorios, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra; también condenó a la demandada, al pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **EPS FAMISANAR S.A.S.**, indicó que, ninguna norma consagra como requisito para los reembolsos de prestaciones asistenciales o económicas, probar el pago a las IPS, para que éste sea procedente; que no se tuvo en cuenta lo informado por los testigos, en especial por la señora ANGÉLICA ACERO, quien le indicó al Juez de Instancia, que la EPS, paga los servicios, previo a la radicación de los recobros; que, se debe analizar de manera detallada, el dictamen pericial presentado, donde se logra demostrar la relación que tienen los servicios prestados con cada recobro; que, frente a la liquidación de los intereses la demandante, no autorizó en los términos del artículo 1653 del CC, que los pagos se imputaran a capital, por tanto, lo cancelado con posterioridad a la presentación de la demanda, debe tomarse como abono a intereses.

LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, argumentó que, las 17 facturas sobre las cuales se emitió condena, no cumplen los requisitos legales para su recobro, particularmente, porque la demandante, no acreditó haber realizado el pago efectivo a las IPS y el hecho de que la ARL haya efectuado un pago total o parcial de las mismas, no implica que la obligación exista, razón por la que, solicita que en Segunda Instancia se haga una revisión para verificar el pago de la EPS a las IPS, por las prestaciones asistenciales y económicas, si los trabajadores se encontraban en cobertura por parte de esa Administradora de Riesgos Laborales, si operó el fenómeno de la prescripción o si se efectuó algún tipo de glosa y la misma no fue objeto de pronunciamiento por parte de la demandante,

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la EPS FAMISANAR, insistió en que no existe disposición legal o reglamentaria que imponga como requisito para el reembolso, que se presente certificación de pago a las IPS o empleadores; que, los diagnósticos que no corresponden a las mismas patologías calificadas como de origen laboral, son derivados o secuelas de estos; y que, los valores reconocidas por la demandada, luego de la notificación de la demanda, deben ser abonados inicialmente a los intereses.

Por su parte, LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA OC, dijo que, las facturas por las cuales esa ARL, fue condenada al pago de intereses, no cumplen con los requisitos a fin de ser cobradas por parte de Famisanar, pues no se evidencia dentro del material probatorio allegado, que estas hubieran sido efectivamente pagadas por Famisanar a sus respectivas IPS; que, las cuentas solicitadas tenían glosas serias y fundadas que determinaban a su vez, la inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios; de ahí que, deben revocarse los numerales primero y tercero de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a esa Administradora, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación presentados por las partes, la Sala deberá determinar, *i)* si la EPS debe probar el pago de los servicios a la IPS, para proceder al recobro de los mismos; *ii)* si existe relación entre los servicios prestados y aquellos por los que pretende la demandante, el reembolso; y, *iii)* si procede la condena por intereses moratorios.

DEL PAGO DE FACTURAS POR PRESTACIONES ASISTENCIALES Y ECONÓMICAS

Alega la demandante, que, no existe disposición legal ni reglamentaria que exija para el reconocimiento de los reembolsos deprecados, demostrar que, con anterioridad a ello, se realizó el pago a las IPS o empleadores, de las prestaciones asistenciales y económicas recobradas. Por su parte, la demandada, insiste, en que no procede condena alguna respecto de las facturas presentas por la EPS FAMISANAR S.A.S., menos aún por concepto de intereses moratorios, cuando éstas no cumplían con los requisitos para su cobro, como se advirtió con glosas serias y fundadas, por las que fueron devueltas en su momento por esa ARL.

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

Dispone el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, que:

“ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

Para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.

La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.

Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar...”

De otra parte, los artículos 5 y 6 del Decreto 1771 de 1994, compilados en el artículos 2.2.4.4.5 y 2.2.4.4.6 del Decreto 1072 de 2015, establecen que:

“ARTÍCULO 5. REEMBOLSOS ENTRE ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE RIESGOS PROFESIONALES. Las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral, serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos profesionales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, o de adquirir el derecho a la prestación económica.

La entidad administradora de riesgos profesionales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en la función de la causa de la enfermedad.

La entidad administradora de riesgos profesionales que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes.

El reembolso procede cuando se den las condiciones establecidas en el parágrafo 2o. del artículo 11 del Decreto 1295 de 1994, previa demostración que el efecto se causó durante el tiempo en que estuvo afiliado a dicha entidad administradora.

ARTICULO 6o. PROCEDIMIENTOS PARA EFECTUAR LOS REEMBOLSOS. *La base para efectuar el reembolso será el valor pagado en caso de incapacidad temporal o permanente parcial.*

Tratándose de pensiones, la base será el capital necesario entendido como el valor actual esperado de la pensión de referencia de invalidez o de sobrevivientes, según el caso, que se genere en favor del afiliado o su núcleo familiar desde la fecha del fallecimiento, o del momento en que el dictamen de invalidez quede en firme, y hasta la extinción del derecho a la pensión.

El capital necesario se determina según las bases técnicas y tablas de mortalidad contenidas en las resoluciones 585 y 610 de 1994 de la Superintendencia Bancaria, o en las normas que las sustituyan.

La pensión de referencia será equivalente a los montos indicados en los artículos 48 y 50 del Decreto 1295 de 1994, según el caso. Esta misma disposición se aplicará cuando aumente el grado de invalidez y como consecuencia se incremente el valor de la pensión.

En caso de cesación o disminución del grado de invalidez que implique la extinción o la disminución de la pensión, la entidad administradora de riesgos profesionales restituirá a las demás entidades administradoras, la porción del capital necesario que les corresponda.

Los reembolsos a que se refiere este artículo se harán dentro del mes siguiente a aquel en que se soliciten, término dentro del cual podrán ser objetados por motivos serios y fundados...”

También, el artículo 24 de la Ley 1562 de 2012, señala que:

“ARTÍCULO 24. FLUJO DE RECURSOS ENTRE EL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES Y EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. *Para garantizar el adecuado y oportuno flujo de recursos entre los Sistemas de Riesgos Laborales y de Seguridad Social en Salud, se aplicarán las siguientes reglas, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 6o del Decreto-ley 1295 de 1994:*

1. Las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, pagarán a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, el valor de las prestaciones asistenciales y económicas de eventos calificados en primera oportunidad como de origen laboral incluidas las pagadas dentro de los tres años anteriores a dicha calificación y que hayan sido asumidas por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, el reembolso se efectuará dentro de los 30 días calendario posteriores a la presentación de la solicitud, siempre que la misma cumpla con los requisitos que señale el reglamento que para el efecto se haya expedido o expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio de Trabajo y sin que se haya formulado objeción o glosa seria y fundada en cuanto al origen atinente a la solicitud de reembolso por parte de la Administradora de Riesgos Laborales, ARL. En caso de objeción o glosa, esta se definirá por los mecanismos de solución de controversias previstos en las normas legales vigentes y en todo caso, en el evento en que no exista solución por este medio, se procederá a definir el responsable del pago, una vez exista dictamen en firme de la Junta de Calificación de Invalidez respectiva.

2. Cuando las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, no paguen dentro de los plazos establecidos en el numeral anterior a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, estando las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, obligadas a hacerlo, o si las glosas formuladas resultan infundadas deberán reconocer intereses de mora a favor de las EPS, desde la fecha de presentación de la solicitud de reembolso,

liquidados a la tasa moratoria máxima legal vigente que rige para todas las obligaciones financieras aplicables a la seguridad social.

La EPS deberá compensar de igual manera al prestador del servicio o al proveedor del bien, cuando su pago se haya visto condicionado, sin perjuicio de los derechos legales del condicionamiento.

3. La presentación de la solicitud de reembolso efectuada por la Entidad Promotora de Salud EPS ante la Administradora de Riesgos laborales, ARL, interrumpe la prescripción de la cuenta de cobro, siempre y cuando se reúnan los requisitos que señale el reglamento que se haya expedido o expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo.

Los términos de prescripción continuarán rigiéndose por las normas legalmente vigentes.

Lo dispuesto en este numeral no revivirá situaciones ya prescritas.

El derecho a solicitar reembolsos entre los sistemas de salud y riesgos laborales y viceversa por el costo de las prestaciones en salud derivadas de una enfermedad laboral o de un accidente de trabajo, prescribe en el término de cinco (5) años, a partir de la última de las fechas enunciadas a continuación:

a) La fecha de la calificación en primera oportunidad del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la EPS, cuando dicha calificación no sea susceptible de controversia por las administradoras o por el usuario;

b) La fecha de calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando dicha calificación no sea susceptible de recurso ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;

c) La fecha de Calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;

d) La fecha de presentación de la factura de la IPS a la EPS, cumpliendo con los requisitos exigidos.

No obstante lo anterior, será de tres (3) años la prescripción cuando se trate del pago de subsidios por incapacidad temporal, para lo cual el término se contará desde el momento en que esté en firme el dictamen según lo establecido en el parágrafo 3o del artículo 5o de la presente ley”.

También se destaca la Circular 3047 de 2008, “Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto”; y, especialmente su anexo 6 correspondiente al “MANUAL ÚNICO DE GLOSAS, DEVOLUCIONES Y RESPUESTAS UNIFICACIÓN”.

Descendiendo al caso bajo estudio, de acuerdo con el conjunto de pruebas allegadas y practicadas dentro del proceso, advierte la Sala, que, no son de recibo los argumentos expuestos por la demandante, en cuanto a la no obligación de acreditar el pago a las IPS o empleadores, de las prestaciones asistenciales y económicas, cuyo reembolso reclama, pues, mal podría ésta, pretender la devolución de unos recursos económicos, que no se han causado a su favor; y es que, en el presente caso, ni siquiera se señaló en el recurso de apelación, de

manera específica los casos, en para la actora, sí se cumplieron todas las exigencias legales para el recobro de las facturas.

Ahora, aunque la testigo ANGÉLICA ACERO BARRETO, quien dijo ser la coordinadora de recobros de la EPS FAMISANAR, señaló que, *“hacemos un proceso de recobro de servicios que fueron prestados a nuestros afiliados y que fueron calificados como de origen laboral”*; que, *“desde nuestra área de medicina laboral nos emiten todos los dictámenes de primera oportunidad de aquellos afiliados que han sido identificados y calificados en primera oportunidad de origen laboral, nosotros identificamos todas las facturas y cuentas que han sido presentadas a la EPS, por estos usuarios, identificamos que correspondan con los diagnósticos calificados y emitimos el recobro hacia la ARL”*; que, *“la EPS, antes de presentar el recobro verifica que hayan sido pagadas estas cuentas y ahí se procede a hacer el recobro ante la ARL”*; que, la demandada, en el curso del proceso realizó el pago de 97 facturas objeto de demanda, de los años 2019, 2020 y 2021, por un valor aproximado de \$42.000.000; y que, los pagos parciales no fueron incluidos en esta acción; lo cierto, es que, de su dicho no se puede extraer de manera fehaciente y para cada factura en particular, el momento de pago a la IPS o empleador, de los valores recobrados; lo que ocurre de igual forma, con el dictamen pericial que milita en el archivo 11 del expediente digital, pues, éste tampoco tuvo en cuenta pruebas distintas a las aportadas con la demanda, de donde se pueda extraer el cumplimiento de la EPS, con su prestadores y afiliados, previo al trámite de recobro ante la ARL

No se cuenta entonces, con los suficientes elementos de juicio para establecer si, en efecto, lo que se reclama por parte de la EPS FAMISANAR S.A.S., fue efectivamente cancelado las Instituciones prestadoras de salud o empleadores, según fuera el caso, para que se justifique su devolución; nótese que tal exigencia no es caprichosa, sino que propende por el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social; y, es que, lo contrario, conllevarían a un enriquecimiento sin causa por parte de la EPS, quien obtendría una ventaja patrimonial injustificada.

Adicional a lo anterior, y aunque con el dictamen pericial referido, dice la parte actora, se intentó explicar la relación de los eventos y contingencias atendidas por la EPS demandante, con las patologías calificadas o determinadas como de origen laboral y la procedencia de su reembolso, tal experticia, no resulta contundente ni determinante para esclarecer el objeto del litigio, pues, como el mismo perito CARLOS ALFREDO PARDO GONZÁLEZ, lo explicó dentro de la audiencia de trámite celebrada el 28 de julio de 2021 *“estos son procesos complejos que se van evolucionando en el tiempo y eventualmente se requiere de complementaciones de los dictámenes frente a información nueva (...) en el caso de estos de calificación de origen eventualmente hay pronunciamientos posteriores de juntas de calificación o hay pagos posteriores o hay información adicional que no fue aportada en su momento”*; máxime cuando, se reitera, no se encuentra demostrado el pago previo de la EPS, para recobrar las facturas objeto de demanda.

De otra parte, y en lo que tiene que ver con los intereses moratorios, aunque la demandante, asegura que los pagos efectuados por LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, con posterioridad a la demanda, no pueden ser imputados a capital, basta señalar que, la obligación de la ARL es cancelar a la EPS, el valor al cual asciende cada prestaciones asistencial o económica reconocida a sus afiliados, y que se encuentra representada en cada factura recobrada, lo cual, no puede confundirse con la sanción generada por el no pago oportuno de las mismas. Por lo tanto, si la ARL demandada, realizó pagos conforme al soporte legal de cobro o factura, estos se hicieron para cubrir los valores allí reclamados y no para asumir los costos que se puedan ocasionar por su demora; más aún cuando estos dineros son recursos del Sistema de Salud, que no pueden destinarse a financiar otros asuntos.

Asimismo, y frente a la inconformidad de la demandada, respecto al pago de intereses moratorios, verificada la documental allegada al plenario, tal y como lo señaló el Juez de Primer Grado, LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, no justificó con razones válidas la tardanza en el pago de las facturas 55678, 1100, 59528, 353, 58985, 387, 55982, 58048, 55983, 57434, 64523, 53534, 59222, 59455, 55686, 52335, 61301, es por lo que, procede esta condena, existiendo entonces una mora de su parte, en el reembolso de las prestaciones a su cargo, que justifica esta sanción.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes, por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la **EPS FAMISANAR S.A.S** contra **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una de las partes. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105024202100326-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de Invalidez – Conteo de Semanas enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 12 de abril de 2023, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CESAR AUGUSTO SUÁREZ HIDALGO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

CESAR AUGUSTO SUÁREZ HIDALGO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se declare que el diagnóstico de lesión isquémica de médula espinal y trombosis profunda ileofemoral izquierda, es una enfermedad degenerativa con el paso del tiempo; que, se declare que tiene capacidad laboral residual, por lo que, trabajó y cotizó, pese a las secuelas nefastas de su enfermedad; que, COLPENSIONES, debe reconocer las semanas cotizadas con posterioridad a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, el 22 de enero de 1997; que, se declare que cumple con los requisitos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, para obtener la pensión de invalidez; y, en consecuencia, que se condene a la demandada, a reconocer y pagar la pensión de invalidez, a que tiene derecho, por presentar una pérdida de capacidad laboral del 64.28%, según dictamen DML1548 de 2021, reconociendo los aportes a pensión posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, el 22 de enero de 1997, con el retroactivo pensional, la indexación de las condenas impuestas; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 25 de octubre de 1978; que, el 20 de marzo de 1997, con 18 años de edad, sufrió una lesión isquémica de médula espinal a nivel cervical y una trombosis profunda ileofemoral izquierda e infecciones urinarias y de vejiga, por lo que, estuvo hospitalizado del 20 de marzo al 11 de abril de 1997.

Indicó que, cotizó desde el 01 de enero de 1996 y hasta el 30 de abril de 2021, un total de 844 semanas; que, las lesiones isquémicas, han degenerado progresivamente su salud, por lo que, el 12 de mayo de 2021, COLPENSIONES, le realizó un examen de pérdida de capacidad laboral, que determinó en un 64.26%, estructurada el 22 de enero de 1997; que, el 13 de agosto de 2020, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, derecho que le fue negado, a través de la resolución SUB17563 del 29 de enero de 2021, confirmada por la SUB62994 del 10 de marzo de 2021, porque solo tenía 12 semanas cotizadas anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; que, a pesar de su delicado estado de salud, continua trabajando y cotizando a COLPENSIONES (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, dijo no constarle la mayoría de los hechos y se opuso a las pretensiones, argumentando que, aunque el demandante, tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 64,26% no cuenta con las 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, de la invalidez, siendo esta el 22 de enero de 1997 según lo señalado en el dictamen de invalidez No. DML-1548 de 2021, ya que, solo contaba con 90 días cotizados, equivalentes a 12 semanas; que, tampoco es posible dar aplicación a la condición más beneficiosa; y que, al verificar el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por COLPENSIONES bajo No. DML-1548 del 12 de mayo de 2020, en los recuadros en los cuales se indica si es una enfermedad progresiva, degenerativa o congénita, se encuentra marcada con un NO, por tanto, la enfermedad se encuentra calificada como “*enfermedad de origen común*”, lo que conlleva a que no se pueda entrar a estudiar la prestación teniendo en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la expedición del dictamen de pérdida de capacidad laboral, como pretende el actor, pues, el dictamen en mención se encuentra en firme y debidamente ejecutoriado y en su momento el afiliado no interpuso recurso alguno en contra del mismo, con el fin de que el origen de su enfermedad fuera revisado o fuera catalogado como una enfermedad progresiva, degenerativa o congénita. Propuso las excepciones de mérito, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, innominada o genérica y prescripción (Archivo 04).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de abril de 2023, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el demandante, tiene derecho a que COLPENSIONES, le reconozca la pensión de invalidez, por cumplir los requisitos consagrados en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificada por el 1 de la Ley 860 de 2003; condenó a COLPENSIONES, a pagar la pensión de invalidez, a favor del señor CESAR AUGUSTO SUÁREZ HIDALGO, en 13 mesadas al año, a partir de su retiro efectivo del sistema y teniendo en cuenta la última semana cotizada y como IBL el de los últimos 10 años, por no tener más de 1.250 semanas, como lo prevé el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y que se debe cuantificar, de acuerdo con la fórmula contenida en el artículo 40 de la misma Ley; autorizó a COLPENSIONES, a realizar los descuentos correspondientes a los aportes en salud y transferirlos a la EPS a la cual se encuentre afiliado el actor; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva; absolvió a COLPENSIONES, de las demás pretensiones, condenando en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la decisión de Primera Instancia, pues, al momento de efectuar el estudio de la procedencia del derecho pensional, esa Administradora, concluyó, como se puede ver en el mismo dictamen de pérdida de capacidad laboral de 2020, que, las enfermedades calificadas no eran de tipo progresivo, congénita o degenerativa, y en razón a ello, no puede reconocerse la pensión de invalidez, en los términos en que fue otorgada por la *a quo*, debiendo absolverse a COLPENSIONES, de todas las pretensiones, máxime cuando el actor, no cuenta con la densidad de semanas necesarias para acceder a este derecho, contadas desde el momento de estructuración de la invalidez, tampoco le es aplicable la condición más beneficiosa; que, efectuar este tipo de reconocimientos, sin el cumplimiento de los requisitos legales, está afectando la estabilidad financiera del Sistema de Pensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, **COLPENSIONES**, insistió en que se debe revocar la decisión de Primer Grado y absolver a esa Administradora de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, el demandante, para la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral la cual fue el 22 de enero de 1997, no se encontraba realizando aportes al Sistema General de Pensiones, pues se evidencia en la historia laboral generada por esa Administradora, que inició los aportes el 01 de enero de 1996 y hasta el 31 de marzo del mismo año, realizando nuevamente aportes hasta marzo del 2005, por ende, no se cumple con lo señalado con la normatividad, en razón a que no se encontraba activo en el Sistema General de Pensiones, ni realizando aportes pensionales, tampoco cuenta con las 26 semanas aportadas dentro del año anterior a la invalidez, pues

se tiene que tan sólo contabilizó 90 días laborados, correspondientes a 12 semanas cotizadas, a la fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral, conforme al concepto emitido por COLPENSIONES, en el cual se califica una pérdida de capacidad laboral del 64.26% con fecha de estructuración del 22 de enero de 1997, mediante dictamen número DML 1548 del 12 de mayo de 2020, por lo que, reiteró que el actor, no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Por su parte, el demandante, solicitó confirmar la decisión de Primer Grado, pero adicionarla en cuanto a la fecha de causación de la pensión de invalidez, que, según su dicho, debe concederse desde la solicitud de pensión que negó COLPENSIONES, mediante la resolución SUB 17563 del 29 de enero de 2021, ya que, a partir de ese momento se evidencia su intención de desafiliarse del Sistema.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, la Sala deberá determinar la procedencia o no de la pensión de invalidez deprecada por el demandante, por padecer una enfermedad de tipo crónica, congénita o degenerativa.

DE LA CALIDAD DE AFILIADO DEL DEMANDANTE A COLPENSIONES

No fue objeto de discusión que, el demandante se encuentra afiliado a COLPENSIONES, cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 01 de enero de 1996 como trabajador dependiente (fls. Archivos 01, 12, 15 y 28).

DE LA PENSION DE INVALIDEZ Y DEL CONTEO DE SEMANAS PARA EL CASO DE ENFERMEDADES CRÓNICAS, CONGÉNITAS O DEGENERATIVAS

Insiste COLPENSIONES, en que el demandante, no tiene derecho a la pensión de invalidez, pues, no acreditó 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, que data del 22 de enero de 1997; además que, dentro de la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, emitida por esa Administradora, se determinó que, la enfermedad evaluada, no era del tipo crónica, congénita o degenerativa; y que, tampoco procede el principio de la condición más beneficiosa, pues, no se cumple con los postulados para su aplicación.

Al respecto, se tiene que los artículos 38 y 39 de Ley 100 de 1993, modificados por el 1 de la Ley 860 de 2003, disponen:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración...”

En relación con la fecha para contabilizar las semanas a fin de obtener la pensión de invalidez, en el caso de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1706 de 2023, señaló que, ésta corresponde a la última cotización válida, la calificación de dicho estado o la fecha de solicitud de reconocimiento pensional al considerar el concepto de capacidad laboral residual; en este sentido indicó:

“... respecto de las enfermedades congénitas crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50% como lo es el caso en estudio, la fecha para computar las semanas requeridas para acceder a la pensión no siempre será la de la estructuración del estado de invalidez, pues esta se puede modificar, en el sentido de que, para determinar «el momento real» desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar el derecho a la pensión de invalidez, se puede acudir también a los siguientes criterios: i) la fecha de emisión del dictamen mediante en el cual se califica el estado de invalidez; ii) la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional (CSJ SL1069-2021).

Por lo tanto, si se presenta un caso de pensión por invalidez, siempre y cuando sea por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, debe aplicarse la figura jurídica denominada capacidad laboral residual, para determinar con certeza la real data de la pérdida de capacidad laboral (CSJ SL770-2020, SL5603-2019, reiteradas en SL1069-2021).

ii) Acceso a la pensión de invalidez en el caso de las patologías crónicas, degenerativas y congénitas y las cotizaciones posteriores a la contingencia

Con el propósito de una mayor ilustración, si bien frente al tema se hizo alusión en el acápite que antecede, lo cierto es que la Sala ha prestado especial atención a este tipo de patologías, pues ha señalado que una condición de invalidez no deriva per se en una discapacidad absoluta para poder laborar, en tanto aceptar que dicha contingencia excluye del mundo laboral a estas personas equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral (CSJ SL3610-2020, reiterada en

sentencia (CSJ SL4329-2021).

Cabe destacar además que, en relación con el cumplimiento de la densidad de semanas a la fecha de emisión del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, tal como se explicó, se reitera que el citado requisito puede ser analizado con base en la fecha de la última cotización y, adicionalmente, la Sala ha adoctrinado que los aportes que soportan el acceso a la prestación de invalidez se deben derivar de «una efectiva y probada capacidad laboral» con el fin de evitar posibles fraudes (CSJ SL3275-2019). Precisamente, en dicha sentencia la Corporación explicó:

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social. (Énfasis añadido)

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.

Bajo este horizonte, conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisarse, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; excepcionalmente, y en razón de encontrarse frente a enfermedades crónicas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, o la calenda en que se emitió el dictamen (CSJ SL781-2021 y SL002-2022).

Sobre el tema en debate, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-588-2016, citada en sentencia CSJ SL781-2021, sostuvo:

En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del

solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

En estos casos, esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como “(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe”. Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional.

Con sujeción a las precedentes manifestaciones, se reitera que, ante situaciones sui géneris originadas por este tipo de padecimientos, para efectos de tomar el hito de la estructuración de la invalidez, resulta válido acudir a i) la fecha en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, ii) la data en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o iii) la calenda del último periodo de cotización (CSJ SL 002-2022).

Es que la Corte ha precisado que es el análisis del caso concreto el que permite evitar una defraudación al sistema pensional, las circunstancias que la rodean, y revisar que los aportes efectuados después de la estructuración de la invalidez y en los que se funda la reclamación, sean producto de una verdadera capacidad laboral del afiliado, de tal suerte que la alteración de la data en que la autoridad administrativa dictamina surge la pérdida de capacidad laboral, obedezca a razones probatorias y objetivas que así lo permitan (CSJ SL781-2021 y SL002-2022)...”

Por lo tanto, el reconocimiento de la pensión de invalidez, para aquellas personas en condiciones de especial protección, que padecen una enfermedad crónica, congénita o degenerativa en el tiempo, no será a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, sino de la fecha del dictamen sobre pérdida de capacidad laboral o la última cotización efectuada, previo análisis de la situación particular.

En el presente caso, no existe discusión en cuanto a que, mediante dictamen DML-1548 del 12 de mayo de 2020, COLPENSIONES, determinó que el demandante, tenía un 64.26% de pérdida de capacidad laboral, de origen común, estructurada el 22 de enero de 1997, *“Apoyada en el diagnóstico de trombosis venosa profunda con lesión isquémica de la médula espinal con paraplejia espática secundaria”*; y, aunque en dicha calificación, COLPENSIONES, indicó que la enfermedad calificada, no era degenerativa, progresiva y crónica, lo cierto es que, de la historia clínica aportada con la demanda y la obrante en el expediente administrativo (Archivo 15), así como la relación de incapacidades otorgada al actor, por la NUEVA EPS (Archivo 24), y la respuesta dada por COLPENSIONES, que milita en el archivo 25 del expediente digital, quedó plenamente establecido que, las secuelas por la isquemia medular a nivel cervical, con compromiso de las 4 extremidades, *“son de carácter crónico, progresivo y degenerativo; ya que las lesiones motoras con el paso del tiempo tienden a crear mayor espasticidad, rigidez de extremidades y complicaciones secundarias”*

Así las cosas, de la confrontación del estado de salud del demandante, con el reporte de semanas cotizadas por éste al Sistema pensional, advierte la Sala, que su enfermedad, no ha truncado la posibilidad de procurarse su digna subsistencia. Por el contrario, persistió en actividades que le permitieron realizar aportes, al menos, hasta el 31 de diciembre de 2022, como se advierte en el reporte de semanas cotizadas, allegado por COLPENSIONES, y que milita en el archivo 28 del expediente digital, por manera que la contabilización de las semanas exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, puede hacerse, como acertadamente lo señaló la Juez de Primera Instancia, a partir de la fecha de la calificación de la pérdida de capacidad laboral emitida por COLPENSIONES, el 12 de mayo de 2020, advirtiéndose que, desde esta fecha y tres años atrás, es decir, hasta el 12 de mayo de 2017, el actor, cotizó 154,44 semanas, suficientes para satisfacer el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003.

Sin que resulte de recibo para la Sala, los argumentos expuestos por la demandada, en relación con la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, pues, claramente el pago de la prestación por invalidez ordenada se sufragará con las cotizaciones efectuadas por el demandante.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en la alzada a cargo de COLPENSIONES. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 12 de abril de 2023, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CESAR AUGUSTO SUÁREZ HIDALGO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201700356-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el cinco (5) de noviembre de 2019 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ OSCAR EDUARDO MEJÍA QUINTANA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

Es importante mencionar, que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada COLPENSIONES fue objeto de reconstrucción el 3 de agosto de 2022.

ANTECEDENTES

José Oscar Eduardo Mejía Quintana, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado

por el demandante a través de PROTECCIÓN al no haberse suministrado la información correspondiente, omitiendo su deber, por lo tanto que se encuentra afiliado al RPM, en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN y COLFONDOS a dar trámite a la ineficacia del régimen pensional y a COLFONDOS al traslado de aportes cotizados a COLPENSIONES, por su parte, que esta entidad acepte los aportes, los registre y tenga como afiliado sin solución de continuidad desde el 24 de octubre de 1979, costas y agencias en derecho. (archivo 01ExpedienteFisico.pdf, folios 5-6)

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que se afilio al sistema general de pensiones el 24 de octubre de 1979 aportando al ISS un total de 196.57 semanas, que posteriormente se afilio a PROTECCIÓN el 30 de mayo de 1994 y en la actualidad afiliado a COLFONDOS, que para la vinculación al RAIS se incumplió con el deber de información por parte de los asesores de las AFP, se manifestó que el ISS se iba a acabar y que se podría pensionar a cualquier edad, que cuenta con 1.809.86 semanas cotizadas, que radico formulario de traslado ante COLPENSIONES el 6 de marzo de 2017, a lo cual se dio respuesta el 23 de marzo de 2017 indicándose que no era posible por no contar con 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, tal como se estableció en SU-062 de 2010, que también se envió derecho de petición a PROTECCIÓN el 5 de mayo de 2017 solicitando la invalidación de la afiliación a lo que se dio respuesta negativa el 26 de mayo del mismo año. (archivo 01ExpedienteFisico.pdf, folios 8-6)

Contestación de la demanda

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción, eficacia del traslado de régimen de prima media al RAIS y genérica. (Archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fls. 206 a 210).

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denomino; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de ineficacia o nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe de mi representada,

no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, innominada o genérica. (archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fls. 154 a 156).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso en su defensa las excepciones de; inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, innominada o genérica. (Archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fls. 175 a 178).

Apoderado de la parte demandante solicito en primera instancia la integración del litis consorcio necesario con la AFP PORVENIR, entidad que fue vinculada mediante proveído del 16 de mayo de 2018 (Archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fl. 233), al contestar propuso las siguientes excepciones; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo. (Archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fls. 265 al 267)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el cinco (5) de noviembre de 2019 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante con el fondo Davivir hoy Protección el 30 de mayo de 1994, en consecuencia, las afiliaciones a POVENIR el 5 de agosto de 1997 y COLFONDOS el 14 de junio de 2011, ordeno a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los rendimientos, ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado al RPM sin solución de continuidad desde su afiliación primigenia, declaro no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR y condeno en costas a las demandadas. (Archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fls. 374 al 375)

De los recursos de apelación

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se

absuelva Porvenir S.A., argumentó que; el demandante realizó 3 veces traslado de AFP, sin que se devolviera al RPM, decidiendo continuar en el RAIS, encontrándose conforme con obtenido en el mismo, para esa época no se obligaba a las administradoras a dejar por escrito la información otorgada al afiliado, eso no es óbice para indicar que no se le proporcione toda la información, sin que se pueda endilgar alguna situación a la entidad, dado que se ciñe conforme a lo establecido en la ley.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; no se comparte la decisión de ineficacia del traslado, dado que ello tiene consecuencias que afectan a la entidad, si bien existe un criterio jurisprudencial, sin embargo, debe analizarse cada caso en particular, pues el demandante cuenta con la capacidad para tomar la decisión de su afiliación e indagar sobre los beneficios o consecuencias de ello, tampoco hizo uso de su derecho de retracto es importante mencionar lo referente a la sostenibilidad financiera y que el principio de interés general debe primar sobre el particular, ya que esto afectaría el patrimonio público, se violan los principios de equidad y sostenibilidad financiera del sistema, la entidad tampoco tuvo nada que ver con el acto del traslado del demandante y sus traslados horizontales, por lo que, se debe absolver en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente PORVENIR solicito se revoque la sentencia, para lo cual indico como razones jurídicas y fácticas lo siguiente; en cuanto a la ineficacia del traslado, ninguno de los presupuestos legales, se alegaron y menos resultaron probados en el proceso, no hizo uso del derecho de retracto, si efectuó su derecho a la libre escogencia, en cuanto al deber de información se dio y fue voluntad del demandante, de la imposibilidad de cargas probatorias inexistentes, del deber de realizar un análisis critico y en conjunto de las pruebas en cada caso, de la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos, de la línea jurisprudencial de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional, de la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas y de la indexación de las condenas impuestas, por su parte, COLPENSIONES reitera nuevamente que nunca se hizo uso del derecho de retracto, que si se negó la solicitud de traslado fue por la prohibición legal consagrada en la SU-062 de 2010, por lo que, se ha actuado en el estricto cumplimiento del orden legal, la prevalencia del interés general sobre el particular y la vulneración de principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, por ultimo el apoderado de la parte demandante, solicito se confirme la sentencia de primera instancia e indico que hubo omisión al deber de entregar información adecuada, clara y suficiente por parte de AFP

PROTECCIÓN, además que se deben tener en cuenta las reglas establecidas por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si debe condenarse a la demandada COLPENSIONES al reconocimiento y pago de costas procesales. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 6 de marzo de 2017 que corresponde al formulario de afiliación al sistema general de pensiones y su respuesta el 23 de marzo de 2017, donde le fue negada la solicitud al no ser procedente por no contar con 15 años cotizados al 1 de abril de 1994 conforme lo establece la sentencia SU-062 de 2010. (Archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fls. 98 a 99).

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a

uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda

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

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

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

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

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

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

información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el once (11) de febrero de 1956 (archivo 01.ExpedienteFisico.pdf, fl. 21), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 25 de noviembre de 1986 al 25 de noviembre de 1993 un total de 196.57 semanas (Archivo 01.ExpedienteFisico.pdf, fls. 96 y 185), iii) que el treinta (30) de mayo de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Davivir hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de junio de 1994 (Archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fls. 212 y 214). iv) que el cinco (5) de agosto de 1997 se trasladó de A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 1997 (Archivo 01.ExpedienteFisico.pdf, fls. 260 y 310), v) que el catorce (14) de junio de 2011 se trasladó a la AFP COLFONDOS, con efectividad quince (15) de julio de 2011 (Archivo 01.Expediente.Fisico.pdf, fls. 157 y 165) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según reporte de pensiones obligatorias (Archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fl. 69).

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

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Davivir hoy Protección S.A. estaba obligados a demostrar dentro del proceso que la

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

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

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

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la

jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, si bien no fue solicitada, es procedente en virtud al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

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

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

los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

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

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

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

garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

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

(...)

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

Por último, respecto a la indexación los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, por lo que, se condenara a ello, en tanto se encuentra ajustada a derecho, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte al demandante, se establece que el mismo no conocía de las características del RAIS, máxime, cuando las AFP nunca aportaron pruebas documentales en las que conste los aportes del demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Davivir hoy Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante a la AFP Protección S.A. el treinta (30) de mayo de 1994 con efectividad el 1 de junio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por

tanto confirmar la sentencia de primera instancia y adicionar en lo que respecta a las deducciones realizadas por las administradoras del RAIS en las que estuvo afiliado el demandante de forma indexada.

Del fenómeno de la prescripción

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

De las costas procesales

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

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

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

(...)

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

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

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

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los

gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

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

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

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia frente a las demandadas, quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que, no se revocará dicha condena, conforme se solicitó en el recurso de apelación por la demandada COLPENSIONES.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para adicionar la sentencia frente a la devolución de las deducciones efectuadas por las AFP de los aportes realizados en pensiones en favor del demandante, en todo lo demás se confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el cinco (5) de noviembre de 2019 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **JOSÉ OSCAR EDUARDO MEJÍA QUINTANA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A., para en su lugar, **CONDENAR** a las demandadas PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS, a devolver a COLPENSIONES gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por los tiempos durante los cuales el demandante estuvo vinculado o afiliado a cada una de ellas, en todo los demás, se **CONFIRMA** la sentencia apelada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

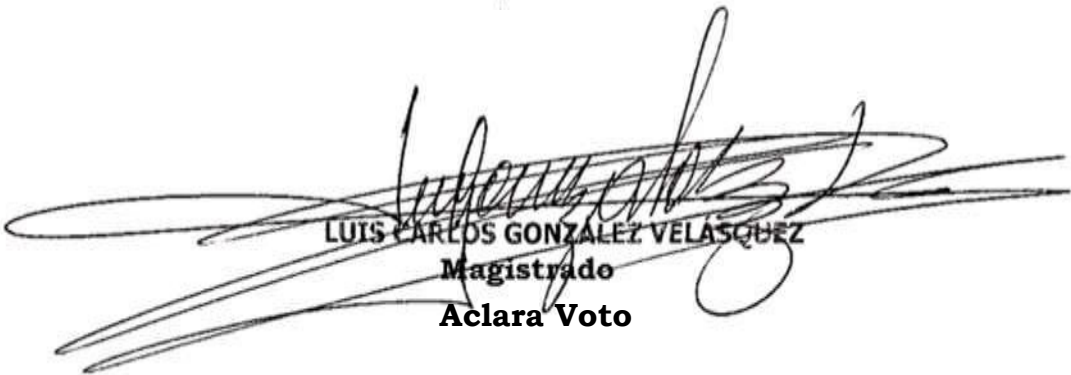
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 07 2017 00356 01 DE JOSÉ OSCAR EDUARDO MEJÍA QUINTANA CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN, COLFONDOS Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó MEJÍA QUINTANA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105002201900367-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Incrementos del 14% por cónyuge a cargo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de los demandantes, en contra de la sentencia proferida el 06 de octubre de 2022, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS ALBERTO ALDANA MÁRQUEZ, JESÚS ALBERTO PARRA** y **JOSÉ MISAEL ORTIZ LADINO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

LUIS ALBERTO ALDANA MÁRQUEZ, JESÚS ALBERTO PARRA y JOSÉ MISAEL ORTIZ LADINO, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se declare que tienen derecho a que la pensión de vejez que reciben, se incremente en un 14%, en los términos del literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, debido a la dependencia económica de sus cónyuges, quienes no devengan pensión, ni han realizado cotizaciones para ese efecto; que, se declare que, el no pago del incremento pensional, les ha causado perjuicios materiales que deben ser resarcidos; que, se declare que la demandada, está en mora de incrementar el valor de la mesada pensional; que, se declare debidamente agotada la reclamación administrativa; y en consecuencia, que se condene a COLPENSIONES, a reliquidar con efectos a futuro y para mejor cuantía, la pensión de vejez devengada, con un incremento mensual de 14% sobre la pensión mínima legal, en aplicación de lo dispuesto en el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque sus cónyuges y/o compañeras permanentes, no devengan pensión y dependen económicamente de ellos; que, se ordene el pago de las diferencias causadas desde que se hizo el reconocimiento pensional; que,

se reconozca y pague el valor de 50 SMLMV o el mayor valor que la Justicia considere, a título de compensación por los daños y perjuicios materiales causados por la falta de incremento pensional que se reclama; pagar el ajuste de valor (IPC) e intereses moratorios sobre cada obligación mensual vencida y no cancelada oportunamente; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señalaron que:

1. LUIS ALBERTO ALDANA MÁRQUEZ, nació el 07 de agosto de 1953; que, el 17 de diciembre de 1975, contrajo matrimonio por el rito católico con MARÍA DEL CARMEN JULIA ALDANA, quien, al momento de prestar la demanda, tenía 62 años de edad, se dedicó a las actividades del hogar y cuidado de los hijos, nunca devengo remuneración alguna, ni efectuó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que siempre dependió económicamente de su esposo; dando fe de ello Luis Enrique Delgado Martínez y Gloria Stella Venegas de Rico, a través de las declaraciones extrajuicio allegadas al plenario.

2. JOSE MISAEL ORTIZ LADINO, nació el 05 de febrero de 1953; que, contrajo matrimonio católico con MARÍA LUISA ROJAS TELLEZ, el 15 de diciembre de 1979; quien, para la fecha de presentación de la demanda, tenía 60 años de edad, siempre se dedicó al hogar y al cuidado de sus 3 hijos, nunca recibió remuneración, ni efectuó aportes al Sistema Pensional, conviviendo siempre con su pareja y dependiendo económicamente de él, hasta la actualidad; que, tales circunstancias, se encuentran demostradas con las declaraciones extraproceso de Jaime Rozo Céspedes, Antonio María Briceño y Gustavo Baquero Torres.

3. JESÚS ALBERTO PARRA, nació el 10 de abril de 1953, y se casó por rito católico con ELSA IDALID CHITIVA, de 64 años de edad, quien desde su matrimonio se dedicó al hogar, nunca recibió una remuneración, ni cotizó para pensión, por lo que, depende económicamente de su esposo, como lo ratifican en declaración extraproceso, los señores Héctor Mario Vargas Galindo y Wilson Israel Álvarez Vargas.

Indicaron que, son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, les asiste el derecho a las regulaciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1190, razón por cual, le solicitaron a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de pensión de vejez, que les fue otorgada así:

A LUIS ALBERTO ALDANA MÁRQUEZ, mediante la resolución GNR74905 del 06 de marzo de 2014, teniendo en cuenta 1872 semanas cotización, con una tasa de reemplazo del 90% y una mesada pensional de \$1.447.628, a partir del 07 de agosto de 2013.

A JOSÉ MISAEL ORTIZ LADINO, por resolución GNR1744 del 07 de enero de 2014, tomando 1.829 semanas cotizadas, con una tasa de reemplazo del 90% y una mesada de \$2.201.931, a partir del 01 de agosto de 2013.

A JESÚS ALBERTO PARRA, por resolución GNR 75330 del 06 de marzo de 2014, por 1.762 semanas, una tasa de reemplazo de 90% y una mesada pensional de \$2.274.242 efectiva a partir del 01 de marzo de 2014.

Informaron que, por considerar que tienen derecho al incremento de la mesada pensional en un 14% sobre la pensión mínima legal, dada la dependencia económica de sus cónyuges, le reclamaron a COLPENSIONES, el reconocimiento de ese derecho, que les fue negado por la demandada, decisión contra la cual interpusieron el recurso de apelación y aunque equivocadamente, también se desató el recurso de reposición, que no se presentó, COLPENSIONES, confirmó su negativa en concederles dicho incremento, lo que, les ha generado graves perjuicios valorados en 50 SMLMV aproximadamente (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, dijo no constarle la mayoría de los hechos y se opuso a la totalidad de pretensiones, argumentado que, los incrementos mensuales del 14%, previstos en el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desaparecieron de la vida jurídica a partir del 01 de abril de 1994, por no hacer parte de las prestaciones reconocidas por el nuevo régimen pensional de que trata la Ley 100 de 1993; norma que entró a regular íntegramente la materia, y por no estar contemplados entre los derechos que por excepción señala el artículo 36 de la misma disposición, tal como lo estipula la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional; además que, los demandantes, no demostraron los requisitos de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, ya que hasta la fecha no se prueba la dependencia económica de sus cónyuges. Propuso las excepciones de fondo, inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 04).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de octubre de 2022, el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes; declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, condenando en costa a los accionantes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de los demandantes, interpuso recurso de apelación, argumentando que, en el presente caso no son aplicables los criterios expuestos en la sentencia SU-140 de 2019, debiendo la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, apartarse de ésta en virtud del principio de autonomía e independencia judicial, establecido en el artículo 230 de la CP, según el cual, los Jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, ya que, en materia laboral y de la Seguridad Social, debe prevalecer el principio de favorabilidad para el trabajador; y es que, dijo la recurrente, aceptar el criterio constitucional, contraría el principio de regresividad de los derechos fundamentales vulnerados a los demandantes; que, las razones de hecho y derecho de este asunto son distintas a las analizadas en la sentencia de unificación; que, la sentencia SU-140 de 2019, se profirió cuando, el regimen de transición, ya había desaparecido del mundo jurídico, por lo tanto, los argumentos de la unificación son inoperantes, inocuos y sobre todo descontextualizados de la realidad jurídica desarrollada en relación con el regimen de transición y los derechos pensionales que continuaron vigentes para sus beneficiarios, en virtud de la aplicación de regímenes pensionales anteriores; que, mal puede dársele a la sentencia SU-140 de 2019, efectos retroactivos negativos, para regular situaciones que ya fueron definidas por la ley y la jurisprudencia, durante 20 años de desarrollo y aplicación en casos particulares y situaciones generales; que, la sentencia SU-140 de 2019, es una forma sencilla y reprochable de discriminar a un grupo de trabajadores a quienes se les reconoció la pensión de vejez, en virtud y vigencia del régimen de transición, con una interpretación tardía y desfavorable que rompe el principio de inescindibilidad de la norma, sustentando su decisión en argumentos contrarios a aquellos, que por años señalaron que los incrementos reclamados hacen parte del derecho pensional y por tanto, son imprescriptibles.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, los demandantes, insistieron en que debe revocarse en su integridad la decisión de Primera Instancia, y despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, debiendo el Juez Colegiado, apartarse de las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019 y acudir al principio de autonomía e independencia judicial establecido en el artículo 230 de la Constitución, porque contrarían el principio de regresividad propio de estos derechos fundamentales, que les están siendo vulnerados; que, el fallo apelado, no hizo ningún análisis que confronte las razones específicas que sustentan la Sentencia SU-140 de 2019 frente al caso bajo estudio, ya que, las razones de hecho y de derecho en uno y otro proceso son absolutamente distintas; reiteró que, las manifestaciones hechas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-140 de 2019, son totalmente extemporáneas y por tal razón no pueden emplearse para desconocer un derecho causado.

COLPENSIONES, solicitó confirmar la sentencia apelada, en el sentido de indicar que los demandantes, no tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo, toda vez que los mismos se encuentran derogados.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CST, conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandante, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y pago del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor de los actores, por sus cónyuges a cargo.

DEL STATUS DE PENSIONADO DE LOS DEMANDANTES

No es materia de discusión que COLPENSIONES, les reconoció a los demandantes, pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049, por ser beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así:

A LUIS ALBERTO ALDANA MÁRQUEZ, mediante la resolución GNR74905 del 06 de marzo de 2014, en cuantía inicial de \$1.447.628 a partir del 07 de agosto de 2013.

A JOSÉ MISAEL ORTIZ LADINO, por resolución GNR1744 del 07 de enero de 2014, con una mesada inicial de \$2.201.931, a partir del 01 de agosto de 2013.

A JESÚS ALBERTO PARRA, a través de la resolución GNR75330 del 06 de marzo de 2014, a partir del 01 de marzo de 2014, en la suma de \$2.274.242 (fls. 38-44, 113-221 y 195-202 Archivo 01 y Archivos 13, 14 y 15).

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 14% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de

éste y no disfrute de una pensión”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 01 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 01 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que los aquí demandantes, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 01 de abril de 1994, es por lo que ha de declararse que respecto a la pensión de vejez reconocida a ellos, durante los años 2013 y 2014, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora de otorgar el incremento por cónyuge a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación, sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *“las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”.*

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso de los actores, el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia.

Costas en la alzada a cargo de los demandantes. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de octubre de 2022, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por **LUIS ALBERTO ALDANA MÁRQUEZ, JESÚS ALBERTO PARRA** y **JOSÉ MISAEL ORTIZ LADINO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$580.000. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105005202100434-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el diecinueve (19) de octubre de 2022 por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA LUCÍA RUEDA LEÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

ANTECEDENTES

Claudia Lucía Rueda León, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante del RPM al RAIS en el mes de septiembre de 2002 ante la AFP PORVENIR S.A. por existir engaño, como consecuencia, se ordene a PORVENIR retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como; cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por COLPENSIONES, ordene a COLPENSIONES recibir en el RPM y mantenerla afiliada sin solución de

continuidad, al pago de costas y agencias en derecho, a la aplicación de las facultades extra y ultra petita.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que desde el 3 de agosto de 1993 hasta el 30 de junio de 2002 estuvo afiliada al ISS, acumulando un total de 182 semanas, que para septiembre de 2002 laboraba para el Departamento de Santander y los asesores de PORVENIR S.A. presentaron un nuevo régimen, asegurándose que el ISS se iba a acabar perdiendo lo cotizado hasta ese momento, también se dijo que tendría más rendimientos y que podría pensionarse en cualquier momento, no dijo nada sobre el derecho al retracto, por ello se llevó acabo traslado de régimen, que el 28 de agosto de 2020 se radico derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando se declare la nulidad del traslado al RAIS y se retorne al RPM, a lo que se dio respuesta por parte de la entidad de forma negativa.

Contestación de la demanda

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en su defensa propuso las excepciones de; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Archivo 06ContestacionPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de Sostenibilidad Financiera del Sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021, innominada o genérica. (Archivo 05ContestacionColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el diecinueve (19) de octubre de 2022 por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional del RPM al RAIS realizado por la demandante a través de PORVENIR, ordeno a PORVENIR que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar la historia laboral.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: al no tener injerencia alguna de la decisión tomada por la señora Claudia al momento del traslado de régimen, debería ser la AFP PORVENIR quien asuma el reconocimiento pensional bajo los lineamientos que ofrece el RPM, además la demandante cumplió el status pensional afiliada al RAIS por más de 20 años, de otro lado, nada se dijo sobre los gastos de administración, seguros previsionales y demás conceptos para garantizar la prestación bajo el RPM, por último, los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que, la entidad no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente PORVENIR argumento como razones jurídicas y fácticas las siguientes, de la ineficacia del traslado, derecho de retracto, el derecho a la libre escogencia, la acreditación del deber de información a cargo de PORVENIR, la imposición de cargas probatorias inexistentes, del deber de realizar análisis crítico y en conjunto de las pruebas de cada caso, de la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos, de la línea jurisprudencial de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional, de la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, de la indexación de las condenas impuestas y en consecuencia solicito se revoque la sentencia proferida en primera instancia, por su parte, COLPENSIONES reitero la revocatoria de la sentencia indicando que debe darse total validez al formulario de afiliación, que se desvirtúan los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso, la posesión de la prueba en una de las partes, la previa y directa intervención en los hechos, por último, el apoderado de la parte demandante solicito se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 20 de agosto de 2020 y su respuesta el 1 de septiembre de 2020, donde fue solicitada la nulidad del traslado y respuesta donde se evidencia la negativa. (archivo 02Demanda.pdf, fls. 68 al 76)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

	artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el siete (7) de junio de 1964 (archivo 02Demanda.pdf, fl. 46), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 3 de agosto de 1993 al 30 de junio de 2002 un total de 181.57 semanas

(carpeta 05.1ExpedienteAdministrativo, Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2136-20211124083544.PDF), iii) que el dieciocho (18) de septiembre de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 2002 (archivo 06ContestacionPorvenir.pdf, fls. 73 y 76) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 918 semanas (archivo 06ContestacionPorvenir.pdf, fl. 77).

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

Por último, respecto a indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, la cual se ajustada a derecho, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de

varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia estudio alguno, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el dieciocho (18) de septiembre de 2002 con efectividad el 1 de noviembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para adicionar la sentencia frente a la devolución de las deducciones efectuadas por las AFP de los aportes realizados en pensiones en favor de la demandante, en todo lo demás se confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el diecinueve (19) de octubre de 2022 por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **CLAUDIA LUCÍA RUEDA LEÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para en su

lugar, **CONDENAR** a la demandada PORVENIR, a devolver a COLPENSIONES gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, conceptos descontados de sus aportes, en todo los demás, se **CONFIRMA** la sentencia apelada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 05 2021 00434 01 DE CLAUDIA LUCÍA
RUEDA LEÓN CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó RUEDA LEÓN al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026201700483-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reembolso de prestaciones económicas y asistenciales.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, en contra de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 y reconstruida el 07 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la **EPS FAMISANAR S.A.S** en contra de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

ANTECEDENTES

La EPS FAMISANAR S.A.S., promovió demanda ordinaria laboral contra AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., para que, se declare que ésta, debe proceder al reconocimiento y pago de todos los gastos generados por concepto de prestaciones asistenciales y económicas que fueron brindadas y pagadas a los trabajadores afiliados a esa ARL, así, \$3.473.664 por concepto de valoraciones, \$54.003.724 por enfermedades laborales, \$24.165.795 por accidentes de trabajo y \$14.453.505 por concepto de incapacidades, junto con los intereses moratorios, la indexación de los valores objeto de condena y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, atendió a 227 trabajadores, quienes presentaron contingencias de origen laboral, tales como accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y valoraciones, cuyos costos deben ser asumidos por la demandada, toda vez que eran usuarios afiliados a esa ARL; que, esa Entidad, radicó ante AXA COLPATRIA, las facturas correspondientes a los servicios de salud prestados a sus usuarios, sin que a la fecha de presentación de la demanda, se haya realizado el pago de las

prestaciones, limitándose la demandada, a hacer algunas glosas que fueron resueltas y justificadas por la EPS (Archivos 01 y 07)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, se opuso a todas las pretensiones; en cuanto a los hechos dijo no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con las glosas hechas a las facturas presentadas por la demandante; propuso las excepciones de extinción de las obligaciones respecto a las solicitudes “facturas” que se encuentran debidamente canceladas por parte de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. -pago total, extinción parcial de las obligaciones respecto a las solicitudes “facturas” que se encuentran pagadas parcialmente por parte de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. -pago parcial, compensación del valor pagado en exceso en algunas facturas, inexistencia de obligación en cabeza de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. - objeción o glosa seria y fundada de las cuentas solicitadas para el reembolso por la cual fue devuelta - falta de cumplimiento de los requisitos para la presentación de este tipo de solicitudes - aceptación de glosas por respuesta extemporánea de EPS FAMISANAR, inexistencia de obligación - falta de legitimación en la causa por pasiva - AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., no es la ARL llamada a responder, prescripción de las acciones tendientes a tener el recobro de las prestaciones base de este proceso, inexistencia de la obligación por parte de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. - ausencia de reclamación y la genérica (Archivo 14).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de diciembre de 2019, reconstruida el 07 de marzo de 2023, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., a pagar a la demandante, la suma de \$62.472.975 por concepto de prestaciones económicas y asistenciales brindadas y pagadas a los trabajadores afiliados a esa ARL, junto con los intereses de mora; declaró probadas las excepciones denominadas extinción de las obligaciones respecto a las solicitudes “facturas” que se encuentran debidamente canceladas por parte de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. -pago total, extinción parcial de las obligaciones respecto a las solicitudes “facturas” que se encuentran pagadas parcialmente por parte de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. - pago parcial e inexistencia de obligación - falta de legitimación en la causa por pasiva - AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., no es la ARL llamada a responder; y, condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, interpuso recurso de apelación argumentando que, algunas de las facturas objeto de condena no fueron radicadas ante esa ARL, lo

cual no tuvo en cuenta la *a quo*; que, múltiples facturas fueron pagadas y glosadas, con fundamentos serios y fundados para determinar la improcedencia de la solicitud de cobro o reembolso que pretende la demandante; que, se ordenó el pago de facturas cobijadas bajo el fenómeno de la prescripción, en los términos del artículo 24 de la Ley 1562 de 2012, como 22801, 14709, 14906, 10544, 14998; que, hay facturas que ya fueron objeto de pago total, como las 14378, 14369, 14295, 13513, 12210, 10096, 10123, 9422, 15780, 13505, 14906, 14910, 20415, 11544, 12209, 13507, 13517; al igual que las prestaciones asistenciales 8751, 22203, 13550, 9354, 9362, 14822, 8918, 8925, 8927, 22044, 18821, 14953, 223 6183, 22387, 22388, 22395, 15176, 9031, 9033, 9034, 9036, 17559, 8689, 8878, 8879, 8880, 13656, 18804, 10165; que, existe un pago parcial respecto de las facturas, 17831, 20444, 515, 857, 14709, 14905, 14998, 22884, 15767, 14732, 22500, 17840, 17829 para que se tengan en cuenta, habiendo glosado el saldo de las mismas; que, no se aplicó la excepción de compensación, pues, las facturas 14369, 12210, 14906, 20415, 10544, 12209 fueron canceladas por un valor superior al cobrado, por \$772.102, habiéndose solicitado a la demandada, compensar tal valor con las facturas 14906, 20415, 10544; que, no procede la condena por intereses moratorios, ya que esa Administradora, ha obrado de buena fe, objetando y devolviendo las facturas que se consideraba no cumplían con los requisitos legales para su reembolso; ni tampoco la condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., solicitó revocar las condenas impuestas, por cuanto no puede predicarse la prosperidad de ninguna de las pretensiones de la demanda, en la medida en que estamos frente a obligaciones pagadas total o parcialmente, o bien se trata de solicitudes de reembolso que no cumplen con los requisitos facticos o probatorios de ley para ser canceladas, situación que no fue reconocida en la sentencia de Primera Instancia; además que, algunas de las obligaciones se encuentran ya prescritas, conforme a la legislación sobre Seguridad Social aplicable a los hechos del presente caso; y porque las obligaciones cuyo incumplimiento alega la parte demandante, obedecen a cuentas que fueron devueltas y/o debidamente glosadas u objetadas con fundamentos serios, los cuales se mantienen bajo la normatividad vigente, lo cual determina la total ausencia de obligación a cargo de esa ARL.

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

CONSIDERACIONES

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

presentado por la demandada, la Sala deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al ordenar el pago de las prestaciones asistenciales y económicas, prestadas por la demandante, a 227 trabajadores afiliados a la ARL demandada o si por el contrario tales reclamaciones, ya fueron canceladas, las glosas son justificadas o se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

DEL PAGO DE FACTURAS POR PRESTACIONES ASISTENCIALES Y ECONÓMICAS

Insiste la parte demandada, en que no procede el pago de los servicios asistenciales y económicos reclamados por la EPS FAMISANAR, pues, no tuvo en cuenta la *a quo*, que éstos ya fueron objeto de un pago total o parcial y además algunos ya se encuentran prescritos.

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

Dispone el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, que:

“ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

Para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.

La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.

Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la

prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar...”

De otra parte, los artículos 5 y 6 del Decreto 1771 de 1994, compilados en el artículos 2.2.4.4.5 y 2.2.4.4.6 del Decreto 1072 de 2015, establecen que:

“ARTÍCULO 5. REEMBOLSOS ENTRE ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE RIESGOS PROFESIONALES. Las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral, serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos profesionales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, o de adquirir el derecho a la prestación económica.

La entidad administradora de riesgos profesionales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en la función de la causa de la enfermedad.

La entidad administradora de riesgos profesionales que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes.

El reembolso procede cuando se den las condiciones establecidas en el parágrafo 2o. del artículo 11 del Decreto 1295 de 1994, previa demostración que el efecto se causó durante el tiempo en que estuvo afiliado a dicha entidad administradora.

ARTICULO 6o. PROCEDIMIENTOS PARA EFECTUAR LOS REEMBOLSOS. La base para efectuar el reembolso será el valor pagado en caso de incapacidad temporal o permanente parcial.

Tratándose de pensiones, la base será el capital necesario entendido como el valor actual esperado de la pensión de referencia de invalidez o de sobrevivientes, según el caso, que se genere en favor del afiliado o su núcleo familiar desde la fecha del fallecimiento, o del momento en que el dictamen de invalidez quede en firme, y hasta la extinción del derecho a la pensión.

El capital necesario se determina según las bases técnicas y tablas de mortalidad contenidas en las resoluciones 585 y 610 de 1994 de la Superintendencia Bancaria, o en las normas que las sustituyan.

La pensión de referencia será equivalente a los montos indicados en los artículos 48 y 50 del Decreto 1295 de 1994, según el caso. Esta misma disposición se aplicará cuando aumente el grado de invalidez y como consecuencia se incremente el valor de la pensión.

En caso de cesación o disminución del grado de invalidez que implique la extinción o la disminución de la pensión, la entidad administradora de riesgos profesionales restituirá a las demás entidades administradoras, la porción del capital necesario que les corresponda.

Los reembolsos a que se refiere este artículo se harán dentro del mes siguiente a aquel en que se soliciten, término dentro del cual podrán ser objetados por motivos serios y fundados...”

También, el artículo 24 de la Ley 1562 de 2012, señala que:

“ARTÍCULO 24. FLUJO DE RECURSOS ENTRE EL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES Y EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Para garantizar el adecuado y oportuno flujo de recursos entre los Sistemas de Riesgos Laborales y de Seguridad Social en Salud, se aplicarán las siguientes reglas, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto-ley 1295 de 1994:

1. Las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, pagarán a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, el valor de las prestaciones asistenciales y económicas de eventos calificados en primera oportunidad como de origen laboral incluidas las pagadas dentro de los tres años anteriores a dicha calificación y que hayan sido asumidas por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, el reembolso se efectuará dentro de los 30 días calendario posteriores a la presentación de la solicitud, siempre que la misma cumpla con los requisitos que señale el reglamento que para el efecto se haya expedido o expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio de Trabajo y sin que se haya formulado objeción o glosa seria y fundada en cuanto al origen atinente a la solicitud de reembolso por parte de la Administradora de Riesgos Laborales, ARL. En caso de objeción o glosa, esta se definirá por los mecanismos de solución de controversias previstos en las normas legales vigentes y en todo caso, en el evento en que no exista solución por este medio, se procederá a definir el responsable del pago, una vez exista dictamen en firme de la Junta de Calificación de Invalidez respectiva.

2. Cuando las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, no paguen dentro de los plazos establecidos en el numeral anterior a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, estando las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, obligadas a hacerlo, o si las glosas formuladas resultan infundadas deberán reconocer intereses de mora a favor de las EPS, desde la fecha de presentación de la solicitud de reembolso, liquidados a la tasa moratoria máxima legal vigente que rige para todas las obligaciones financieras aplicables a la seguridad social.

La EPS deberá compensar de igual manera al prestador del servicio o al proveedor del bien, cuando su pago se haya visto condicionado, sin perjuicio de los derechos legales del condicionamiento.

3. La presentación de la solicitud de reembolso efectuada por la Entidad Promotora de Salud EPS ante la Administradora de Riesgos laborales, ARL, interrumpe la prescripción de la cuenta de cobro, siempre y cuando se reúnan los requisitos que señale el reglamento que se haya expedido o expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo.

Los términos de prescripción continuarán rigiéndose por las normas legalmente vigentes.

Lo dispuesto en este numeral no revivirá situaciones ya prescritas.

El derecho a solicitar reembolsos entre los sistemas de salud y riesgos laborales y viceversa por el costo de las prestaciones en salud derivadas de una enfermedad laboral o de un accidente de trabajo, prescribe en el término de cinco (5) años, a partir de la última de las fechas enunciadas a continuación:

- a) La fecha de la calificación en primera oportunidad del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la EPS, cuando dicha calificación no sea susceptible de controversia por las administradoras o por el usuario;
- b) La fecha de calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando dicha calificación no sea susceptible de recurso ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;
- c) La fecha de Calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;
- d) La fecha de presentación de la factura de la IPS a la EPS, cumpliendo con los requisitos exigidos.

No obstante lo anterior, será de tres (3) años la prescripción cuando se trate del pago de subsidios por incapacidad temporal, para lo cual el término se contará desde el momento en que esté en firme el dictamen según lo establecido en el parágrafo 3o del artículo 5o de la presente ley”.

También se destaca la Circular 3047 de 2008, “Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto”; y, especialmente su anexo 6 correspondiente al “MANUAL ÚNICO DE GLOSAS, DEVOLUCIONES Y RESPUESTAS UNIFICACIÓN”.

En el presente caso, para establecer si le asiste o no derecho a la demandante, al pago de las 575 facturas pretendidas, por concepto de prestaciones asistenciales y económicas brindadas a los afiliados de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., verificadas una a una las documentales allegadas en medio magnético, correspondientes a archivos Excel y PDF (Archivos 2, 3, 12, 15, 27 a 31) encuentra la Sala, que:

- Con la documental obrante en los archivos 15, 28 y 30 del expediente digital, acreditó la demandada, el pago de 31 facturas, por un total de \$3.598.804, que corresponden a las siguientes:

No. FACTURA	VALOR PAGADO		No. FACTURA	VALOR PAGADO
ARL-8751	\$102.321,00		ARL-22203	\$21.714,00
ARL-9354	\$38.529,00		ARL-9362	\$115.390,00
ARL-9612	\$717.799,00		ARL-8918	\$18.825,00
ARL-8925	\$13.174,00		ARL-8927	\$17.066,00
ARL-22144	\$59.340,00		ARL-18821	\$26.359,00
ARL-14953	\$11.089,00		ARL-22383	\$9.417,00
ARL-22387	\$9.417,00		ARL-22388	\$9.417,00
ARL -22395	\$8.654,00		ARL-22398	\$9.417,00
ARL-9031	\$13.174,00		ARL-9033	\$18.825,00
ARL-9034	\$8.427,00		ARL-9036	\$18.825,00
ARL-17559	\$6.589,00		ARL-8689	\$18.829,00
ARL-8878	\$18.825,00		ARL-8879	\$13.174,00
ARL-8880	\$59.027,00		ARL-12007	\$9.417,00

ARL-12008	\$29.297,00		ARL-12009	\$9.417,00
ARL-13656	\$1.038.356,00		ARL-10165	\$98.746,00
ARL-16313	\$1.046.948,00			

- De las facturas relacionadas con anterioridad, de acuerdo con los archivos 15, 28 y 30 del expediente digital, se advierte que AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., canceló más de lo debido en 5 facturas; diferencia a su favor que asciende a \$698.294,00, así:

No. FACTURA	VALOR FACTURA	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
ARL-22203	\$21.710,00	\$21.714,00	\$4,00
ARL-9354	\$16.464,00	\$38.529,00	\$22.065,00
ARL-9362	\$25.632,00	\$115.390,00	\$89.758,00
ARL-18821	\$18.872,00	\$26.359,00	\$7.487,00
ARL-13656	\$459.376,00	\$1.038.356,00	\$578.980,00
TOTAL			\$698.284,00

Ahora, aunque en los soportes de pago se allegó una consignación para la factura No. 18804 por la suma de \$20.716.663, los servicios prestados al trabajador ROA OTALORA WILLINGTON, ascendieron a \$21.154.351, solicitando la demandante, con esta accion el reembolso de la diferencia que aún adeuda la demandada, por \$437.688, cuyo pago no se demostró.

También se debe señalar que, al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la EPS FAMISANAR S.A.S., aceptó que, de las facturas en litigio, a la fecha AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., había efectuado un pago total de 55 facturas por \$4.949.749 y un pago parcial de 9 facturas por \$327.745 (Archivo 27); por su parte, en la audiencia de trámite celebrada el 07 de marzo de 2019, el testigo ANDRÉS FERNANDO LAGUNA FONSECA, quien dijo ser Coordinador del área de recobros de la EPS demandante, refirió que, la demandada, con posterioridad a la presentación de esta demanda, realizó el pago de 117 facturas por \$13.196.389, para lo cual anexó el documento visible en el archivo 32 del expediente digital

Así las cosas, conforme a la documental allegada al plenario y lo declarado por el representante legal de la demandante y el testigo ANDRÉS FERNANDO LAGUNA FONSECA, se acreditó un pago por **\$22.770.981**, que deberá ser descontado de las condenas impuestas, a favor de la demandada.

- Ahora, también alegó AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., que las 186 facturas, que a continuación se relacionan, por valor de **\$20.901.508,00**, corresponden a servicios prestados a trabajadores no afiliados a esa ARL:

No. FACTURA	NO. FACTURA	No. FACTURA	No. FACTURA
ARL-10158	ARL-21977	ARL-21994	ARL-22050

ARL-17789	ARL-21978	ARL-21995	ARL-22052
ARL-20480	ARL-21980	ARL-21996	ARL-22053
ARL-21964	ARL-21981	ARL-21997	ARL-22054
ARL-21965	ARL-21982	ARL-21998	ARL-22055
ARL-21966	ARL-21983	ARL-21999	ARL-22056
ARL-21967	ARL-21984	ARL-22000	ARL-22059
ARL-21968	ARL-21983	ARL-22035	ARL-22060
ARL-21969	ARL-21984	ARL-22037	ARL-22061
ARL-21970	ARL-21985	ARL-22040	ARL-22062
ARL-21971	ARL-21986	ARL-22041	ARL-22063
ARL-21972	ARL-21987	ARL-22045	ARL-22064
ARL-21973	ARL-21988	ARL-22046	ARL-22065
ARL-21974	ARL-21990	ARL-22047	ARL-22066
ARL-21975	ARL-21992	ARL-22048	ARL-22067
ARL-21976	ARL-21993	ARL-22049	ARL-22068
ARL-15715	ARL-9429	ARL-22167	ARL-22185
ARL-12060	ARL-22145	ARL-22168	ARL-22188
ARL-13896	ARL-22146	ARL-22169	ARL-22190
ARL-13543	ARL-22147	ARL-22171	ARL-22191
ARL-13550	ARL-22151	ARL-22581	ARL-22219
ARL-14193	ARL-22154	ARL-22174	ARL-23933
ARL-14822	ARL-22155	ARL-22176	ARL-23962
ARL-21272	ARL-22156	ARL-22181	ARL-9143
ARL-20543	ARL-22157	ARL-22182	ARL-19524
ARL-11896	ARL-22165	ARL-22184	ARL-19581
ARL-20514	ARL-12036	ARL-12868	ARL-13893
ARL-20528	ARL-12044	ARL-19743	ARL-13019
ARL-14607	ARL-8686	ARL-19746	ARL-18905
ARL-13894	ARL-11551	ARL-19748	ARL-18912
ARL-14197	ARL-15698	ARL-22581	ARL-18913
ARL-10680	ARL-22838	ARL-15569	ARL-18917
ARL-10686	ARL-8876	ARL-22654	ARL-18920
ARL-10233	ARL-8877	ARL-10271	ARL-18921
ARL-18925	ARL-11146	ARL-17843	ARL-12249
ARL-18926	ARL-14218	ARL-13077	ARL-12527
ARL-18927	ARL-12059	ARL-9901	ARL-12532
ARL-18931	ARL-10282	ARL-21455	ARL-24429
ARL-18933	ARL-19682	ARL-21456	ARL-22289
ARL-18935	ARL-12259	ARL-23288	ARL-12518
ARL-11046	ARL-10213	ARL-9949	ARL-24400
ARL-22813	ARL-12231	ARL-23909	ARL-15393
ARL-22814	ARL-12234	ARL-12386	ARL-23335
ARL-23887	ARL-12253	ARL-17873	ARL-9019
ARL-12531	ARL-11309	ARL-15878	ARL-19051
ARL-12526	ARL-23476	ARL-13466	ARL-15194
ARL-11308	ARL-23472	ARL-11975	

Para demostrar su dicho, la accionada, sólo allegó comunicaciones enviadas a la actora, con fecha 30 de noviembre de 2018, en las que, por cada factura, informó que *“resulta improcedente el reembolso solicitado por la siguiente razón: El (la) señor(a) (...) no registra afiliación vigente a la ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES ARL AXA COLPATRIA en la fecha de accidente (...) reportada por ustedes”* (Archivo 28); documental que considera esta Sala, no resulta suficiente para exonerarse de su pago, pues, emana de la propia demandada y, por principio general, nadie puede fabricarse su propia prueba, como se advierte por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, entre otras, en las sentencias con radicado 31637 de 2008, 39292 de 2012 y SL5109-2020.

Adicionalmente, respecto de la factura ARL-10165, aunque se relaciona por la demandada, dentro de los “*usuarios sin cobertura*”, lo cierto es que, está ya fue cancelada, como se advierte de los soportes de pago que militan en los archivos 15 y 28. Debiendo entonces ordenarse su pago a favor de la actora.

- En relación con las glosas y devoluciones (Archivo 31), se advierte que le asiste razón a la demandada, frente a las causales invocadas, respecto de las facturas, señaladas a continuación, por no encontrarse demostrados de manera fehaciente los servicios prestados por la EPS, ni que éstos tengan relación con las patologías de carácter laboral calificadas a sus afiliados:

No. FACTURA	NO. FACTURA	No. FACTURA	No. FACTURA
ARL-23547	ARL-23557	ARL-9144	ARL-10232
ARL-9365	ARL-18704	ARL-10884	ARL-10901
ARL-14195	ARL-14192	ARL-10886	ARL-13843
ARL-18773	ARL-15697	ARL-10888	ARL-13842
ARL-18774	ARL-10086	ARL-10891	ARL-18824
ARL-18705	ARL-14199	ARL-10896	ARL-18828
ARL-18829	ARL-12004	ARL-17546	ARL-10496
ARL-14190	ARL-18771	ARL-17549	ARL-13844
ARL-18695	ARL-14198	ARL-17559	ARL-11897
ARL-18765	ARL-11133	ARL-17560	ARL-11901
ARL-12002	ARL-11136	ARL-14208	ARL-11907
ARL-11910	ARL-12006	ARL-13624	ARL-13633
ARL-11913	ARL-12007	ARL-13626	ARL-13643
ARL-11915	ARL-12008	ARL-13628	ARL-13644
ARL-11919	ARL-12009	ARL-13629	ARL-13646
ARL-11926	ARL-13845	ARL-13632	ARL-13647
ARL-13648	ARL-13662	ARL-10798	ARL-9961
ARL-13649	ARL-13700	ARL-10702	ARL-10547
ARL-13650	ARL-10532	ARL-12248	ARL-12266

No así respecto de las siguientes facturas, que, ascienden a la suma de **\$43.778.570**, las cuales se acompañaron de los anexos respectivos, como calificación de PCL, historia clínica, orden de exámenes y/o medicamentos y de las cuales se advierte que la prestación brindada por la EPS FAMISANAR S.A.S., era para atender las enfermedades laborales o accidentes de trabajo, sufridos por sus usuarios; razón por la que deberán ser canceladas por la accionada:

No. FACTURA	NO. FACTURA	No. FACTURA	No. FACTURA
ARL-22183	ARL-23544	ARL-20908	ARL-23938
ARL-22789	ARL-23549	ARL-20911	ARL-23942
ARL-24385	ARL-23555	ARL-20540	ARL-21959
ARL-21666	ARL-23560	ARL-20546	ARL-21961
ARL-21680	ARL-13537	ARL-22306	ARL-12870

ARL-21686	ARL-9349	ARL-22308	ARL-12876
ARL-21688	ARL-9357	ARL-22314	ARL-12878
ARL-23976	ARL-20894	ARL-22320	ARL-12882
ARL-23977	ARL-20896	ARL-22324	ARL-22801
ARL-9636	ARL-20900	ARL-22199	ARL-14605
ARL-14615	ARL-9640	ARL-21823	ARL-13304
ARL-18822	ARL-22349	ARL-22633	ARL-13306
ARL-18823	ARL-15176	ARL-22638	ARL-13310
ARL-18827	ARL-19018	ARL-9635	ARL-13312
ARL-22989	ARL-19021	ARL-19169	ARL-13314
ARL-14183	ARL-19023	ARL-19171	ARL-13316
ARL-14962	ARL-24088	ARL-19176	ARL-13318
ARL-14966	ARL-24092	ARL-19180	ARL-13320
ARL-23799	ARL-8871	ARL-19184	ARL-13322
ARL-23803	ARL-21821	ARL-19188	ARL-13324
ARL-13326	ARL-15243	ARL-22651	ARL-18909
ARL-13328	ARL-21277	ARL-22653	ARL-18910
ARL-13334	ARL-21281	ARL-13166	ARL-18911
ARL-13338	ARL-21434	ARL-13169	ARL-18914
ARL-22804	ARL-12884	ARL-13171	ARL-18915
ARL-15231	ARL-21730	ARL-13174	ARL-18916
ARL-15233	ARL-21737	ARL-8934	ARL-18918
ARL-15235	ARL-21789	ARL-18906	ARL-18919
ARL-15238	ARL-13094	ARL-18907	ARL-18922
ARL-18924	ARL-13360	ARL-18908	ARL-18923
ARL-18928	ARL-13625	ARL-13671	ARL-19590
ARL-18929	ARL-13635	ARL-13679	ARL-18381
ARL-18930	ARL-13636	ARL-13688	ARL-22524
ARL-18932	ARL-13638	ARL-13693	ARL-18080
ARL-18934	ARL-13639	ARL-13696	ARL-11978
ARL-12524	ARL-13640	ARL-13698	ARL-11588
ARL-13621	ARL-13641	ARL-13702	ARL-17818
ARL-13622	ARL-13642	ARL-18804	ARL-17819
ARL-13623	ARL-13653	ARL-18806	ARL-17820
ARL-22451	ARL-13664	ARL-19588	ARL-22557
ARL-22291	ARL-22210	ARL-11721	ARL-12256
ARL-23640	ARL-23589	ARL-16303	ARL-15877
ARL-24399	ARL-9871	ARL-13332	

Se precisa que, aunque la demandada, invocó como causal de devolución de la factura ARL-15176, la prescripción ordinaria, el evento por el cual la EPS, está solicitando el reembolso fue una atención de urgencias prestada el 16 de enero de 2014, por lo que, no operó este fenómeno, ni al momento de radicación de la factura ante AXA COLPATRIA, el 19 de junio de 2015, ni para la radicación de la demanda, el 22 de agosto de 2017 (Archivo 04), al haberse interrumpido el término inicial con el reclamo anterior.

Igualmente, en relación con la factura ARL-11978, aunque se alegó como nota de devolución que la misma ya había sido cancelada, dentro del plenario, no obra soporte alguno que así permita corroborarlo; y, en cuanto a la factura ARL-23640, que se inadmitió por falta de soporte del comprobante de recibo del usuario, el servicio prestado por la demandante, fue una atención de urgencias y calificación de origen, donde está identificada la afiliada e incluso la autorización de urgencias se encuentra suscrita por ella (Archivo 02).

Respecto a la factura ARL-13332, aunque se glosó por falta de soportes frente al cobro de medicamentos, y se advirtió que el evento cuyo pago reclama la EPS, data del 29 de agosto de 2011, lo cierto es que la historia clínica obrante en el archivo 02 del expediente digital, refiere una atención medica del 22 de julio de 2014, donde se le ordenó a la afiliada los medicamentos cuyo detalle de cuenta también se anexó.

- No se alegó glosa alguna, ni menos aún se demostró el pago parcial o total de las 43 facturas que seguidamente se relacionan, por valor de **\$15.723.341**, y por ende, procede su pago:

No. FACTURA	NO. FACTURA	No. FACTURA	No. FACTURA
ARL-11787	ARL-13513	ARL-13505	ARL-22484
ARL-14378	ARL-12210	ARL-14709	ARL-12209
ARL-18005	ARL-8965	ARL-14905	ARL-14730
ARL-14369	ARL-10096	ARL-14906	ARL-15767
ARL-17831	ARL-15857	ARL-14910	ARL-14732
ARL-20444	ARL-22179	ARL-20415	ARL-13507
ARL-21668	ARL-10123	ARL-10544	ARL-22500
ARL-12935	ARL-9422	ARL-14998	ARL-17840
ARL-23546	ARL-15780	ARL-22469	ARL-13517
ARL-14295	ARL-10893	ARL-14723	ARL-11964
ARL-16304	ARL-12062	ARL-17829	

Ahora, en relación con la prescripción que alega la demandada afectó a algunas de las facturas cuyo reembolso reclama la demandante, basta señalar que los eventos cuyo pago generaron las mismas, no anteceden el año 2012, éstas fueron radicadas ante la ARL accionada, entre los años 2015 y 2016 y la presente accion se inició el 22 de agosto de 2017, por lo que interrumpida la prescripción con las reclamaciones de pago radicadas ante AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., no operó esto fenómeno

Teniendo en cuenta lo anterior, el total adeudado por AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., a la EPS FAMISANAR S.A.S, asciende a la suma de \$80.403.419, valor al que corresponde descontar los pagos probados y aceptados por la actora, por \$22.770.981.00, lo que arroja un gran total a favor de la demandante, de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$57.632.438,00)**, lo que conduce a la Sala, a modificar el ordinal primero de la sentencia apelada para condenar a la demandada al pago de este valor.

En relación con los intereses moratorios, se confirmará la condena impuesta, pues, se demostró que no todas las glosas formuladas por la demandada, tenían sustento, ni tampoco que todos los pagos alegados efectivamente se realizaron, existiendo entonces una mora por parte de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., en el reembolso de las prestaciones a su cargo, que justifica esta sanción.

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

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Sin costas en esta Instancia al haber prosperado parcialmente los argumentos del demandado. Se confirman las de Primer Grado.

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

RESUELVE

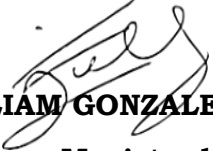
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 y reconstruida el 07 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, a pagar a la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$57.632.438,00), por concepto de prestaciones económicas y asistenciales brindadas y pagadas a los trabajadores afiliados a esta ARL, de conformidad con las facturas señaladas en la parte motiva de esta providencia y por las razones expuestas en la misma.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, conforme a las consideraciones expuestas en esta decisión.

TERCERO: Sin **COSTAS** en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105021201900599-02

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el treinta y un (31) de enero de 2023 por el Juzgado veintiún (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HERNANDO ENRIQUE GÓMEZ VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

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

ANTECEDENTES

Hernando Enrique Gómez Vargas, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media de ahorro individual realizada por el demandante a través de INVERTIR hoy PORVENIR y traslado, en consecuencia, que se encuentra vinculado al RPM desde 1986 al ISS hoy COLPENSIONES sin solución de continuidad.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que inicio a laborar desde 1976 en junio con la Superintendencia de Notariado y Registro, posteriormente, con INCORA, Ministerio de Transporte e INAT, los cuales no fueron cotizados a ningún fondo o caja, estando a cargo de los empleadores, que inicio a cotizar al ISS en 1986 con la Federación Nacional de Arroceros, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 14 años y 4 meses cotizados, que se trasladó al RAIS a través de INVERTIR hoy PORVENIR en el mes de marzo de 1995, que se afilio a OLDMUTUAL en agosto de 2011, que al momento del traslado no se dio información frente a las ventajas y desventajas de los regímenes, que se solicitó ante COLPENSIONES el traslado en el año 2007, el cual fue negado por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión. (archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf)

Contestación de la demanda

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso en su defensa las excepciones de; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf, fls. 380 a 383).

La **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denomino; 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, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica. (Archivo 01ExpedienteDigital.pdf, fls. 218 a 225).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; errónea e indebida aplicación del art. 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad,

inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf, fls. 297 a 314).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el treinta y un (31) de enero de 2023 por el Juzgado veintiún (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante al RAIS el 27 de enero de 1995 con efectividad el 1 de febrero de la misma anualidad por intermedio de INVERTIR, PORVENIR, quedando por sustracción de materia también el traslado realizado a SKANDIA, en consecuencia, declarar como afiliación válida al RPM administrado por COLPENSIONES, condenar a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el demandante por motivo de gastos y comisiones de administración aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde cuando se originó el acto ineficaz, durante el tiempo que permaneció el demandante en dicho fondo con cargo a sus propios recursos y utilidades, condenó a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación por traslado horizontal del demandante aportes pensionales, cotizaciones y vinos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexado, desde cuando recibió el traslado y hasta que se efectuó su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna, concediendo un mes siguiente a la ejecutoria para su cumplimiento, condenar a COLPENSIONES a activar al demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, declarar no probadas las excepciones propuestas por SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES, costas a cargo de las demandadas y en favor del demandante. (archivo 19ActaAudiencia20230131.pdf)

De los recursos de apelación

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva Porvenir S.A., argumentó que; si bien existe una línea jurisprudencial al respecto pero que se aplica a casos similares, lo cual no se dio para el caso en concreto, desconociéndose el principio de

irretroactividad de la ley y de seguridad jurídica, la AFP INVERTIR para el momento cumplió con su obligación, ya que para la fecha solo se exigía el formulario de afiliación, en el interrogatorio de parte se evidencia que si se recibió información para que se diera el traslado de régimen, el demandante también estaba en la obligación de corroborar la información suministrada, siendo su comportamiento descuidado, no tener en cuenta lo correspondiente a las restituciones mutuas implica un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES, ya que se beneficiaría de una administración que no realizó, los afiliados deben asumir los mismos, siendo además improcedente la indexación, ya que los rendimientos son superiores a lo aportado, que no se le condene en costas.

La **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral, argumentó que antes de que el demandante se afiliaría a SKANDIA venía de estar afiliado a otros fondos de pensiones como lo es PORVENIR por lo que ya conocía entonces de las características del RAIS, además no se aprobó su traslado por encontrarse en prohibición legal, es la asegurado Mapfre quien debe responder por los seguros, en cuanto al fondo de pensión de garantía mínima es un concepto del RPM, por lo que no es procedente la devolución de ninguno de los conceptos cuando la AFP administro los dineros del demandante, por último, no se condene en consta ya que la entidad no tuvo injerencia alguno en el cambio de régimen pensional.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; la afiliación se dio aproximadamente hace más de 2 décadas, siendo imposible probar las circunstancias del caso siendo inapropiado entonces el traslado de la carga de la prueba, fecha en la que además no era obligatorio dejar un registro documental, pues nada diferente se solicitaba al formulario de afiliación en donde constaba la plena voluntad del afiliado, afectando a COLPENSIONES dado que el demandante busca beneficiarse del régimen por este administrado sin que nunca se hubiese mantenido en el mismo, de forma subsidiaria, se condicione previo al cumplimiento del fallo por parte de COLPENSIONES repose todos los dineros que debe trasladar la AFP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia para lo cual argumento; sobre la prohibición legal, por no acreditar vicios del consentimiento, respecto a la carga de la prueba, respecto al deber de información, sobre la descapitalización del sistema y reitera su solicitud subsidiaria, por su parte, PORVENIR sustenta sus alegatos, en el deber de información que le era exigido a PORVENIR para la fecha de la afiliación y/o traslado de régimen pensional del demandante, las condiciones académicas, culturales y sociales de la afiliado daban suficiente

idoneidad y capacidad para entender la consecuencias del acto de traslado de régimen pensional, de las restituciones mutuas, traslado de gastos de administración y/o sumas previsionales, referente a la indexación. Las demás, partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A. y Skandia S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada y **iv)** si SKANDIA debe responder por costas procesales a pesar de no tener injerencia en el traslado de régimen. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 30 de octubre de 2007, donde solicita ser afiliado al ISS hoy COLPENSIONES. (Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf, fls. 111)

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veintiséis (26) de octubre de 1955 (archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf, fl. 29), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales un total de 324.43 semanas (archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf, fl. 29), iii) que el veintisiete (27) de enero de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. INVERTIR hoy Porvenir S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de febrero de 1995 (fls. 390 y 391). vi) que el veintiocho (28) de junio de 2011 se trasladó de A.F.P. Skandia S.A. (fl. 242) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.587.71 semanas (fl. 250).

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

Del interrogatorio de parte practicado al demandante en ningún momento acepto algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera a algún fondo de pensiones, de su dicho se puede extraer que previo al momento de la vinculación no recibió la información debida, ya que es evidente de lo manifestado que no conoce todas y cada una de las características de los regímenes pensionales, situaciones concretas y que ampliamente fueron indagadas una a una por el Despacho y los apoderados de las partes, por el contrario de lo referido no conoce las características, ni diferencias de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea suficiente el argumento expuesto por la apelante al manifestar que conocía que obtendría una pensión anticipada, lo concerniente a la devolución de saldos y los

rendimiento financieros, pues esas son apenas unas características del RAIS y no todas, situaciones que no lo hacen un experto en pensiones para indicar que se encontraba consciente de la decisión del traslado de régimen y sus consecuencias y menos aún para considerar que el fondo de pensiones Invertir hoy Porvenir cumplió con su deber de información.

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

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

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo

son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20

salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

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

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

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

(...)

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

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, los rendimientos financieros de los aportes,

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Invertir hoy Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el veintisiete (27) de enero de 1995 con efectividad el 1 de febrero de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

De las costas procesales

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia frente a las demandadas, quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que, no se revocará dicha condena,

conforme se solicitó en el recurso de apelación por la demandada SKANDIA.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el treinta y un (31) de enero de 2023 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **HERNANDO ENRIQUE GÓMEZ VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 21 2019 00599 02 DE HERNANDO ENRIQUE GÓMEZ VARGAS CONTRA COLPENSIONES, SKANDIA Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó GÓMEZ VARGAS al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 021 2013 00214 01

Juan Carlos Granada Pino vs. Interbolsa S.A. en liquidación judicial y otros.

Bogotá D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación de la parte demandante** contra la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

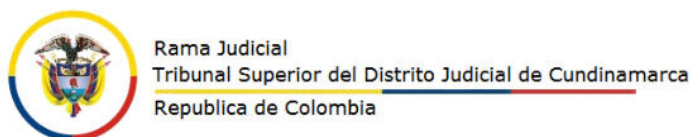
Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. **Juan Carlos Granada Pino**, mediante apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra **Interbolsa S.A. en Liquidación e Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa**, con el fin de que se declare: *i) la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia desde el 1º de abril de 2003 hasta el 30 de marzo de 2010 con la última; ii) que el contrato finalizó por renuncia provocada o indirecta; iii) que la misiva de 30 de marzo de 2010 suscrita por el trabajador fue solicitada por la empresa y elaborada por ella para que la firmara el trabajador, por lo que se vició el consentimiento; iv) la nulidad del acta de conciliación No. 789 del 5 de abril de 2010; v) que la suma de \$1.005.622.418 reconocida durante los años 2003 a 2010 fueron en realidad comisiones; y vi) que se declaren nulos y que carecen de validez todos los documentos que fueron suscritos como acuerdos entre el trabajador y funcionarios de la empresa demandada donde consta las comisiones pagadas como bonificaciones.*

En consecuencia, solicitó que se condene al pago de la corrección de sus prestaciones sociales, así como el reconocimiento de cualquier prestación laboral no concedida que



se le adeude al trabajador con motivo de la ruptura del contrato de trabajo, indemnización por despido injusto, lo *extra* y *ultra petita* y costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que se vinculó a la sociedad demandada cuando esta se llamaba Interbolsa S.A. Sociedad de Inversiones mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el año 2003, y a partir del 1º de junio de 2008 aceptó continuar con sus servicios personales para Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa, a raíz de una cesión de posición contractual que realizara la primera de las entidades mencionadas, actividad que ejerció hasta el 30 de marzo de 2010.

Aseguró que ejerció el cargo de 'promotor bursátil' en las instalaciones ubicadas en la avenida calle 82 No. 12-18 piso 6 de la ciudad de Bogotá, a cambio de un salario inicial de \$4.320.000, más comisiones que ascendieron al 40% del monto total de su producción.

Explicó que para obtener las comisiones, la entidad demandada consideró que *"después de que el trabajador (...) produjera el equivalente a tres (3) veces su salario mensual, descontando los costos de operación y los gastos asociados a la misma, el volumen de producción se distribuía en un sesenta por ciento (60%)"* para ella y el otro 40% para él, para anotarlos contablemente en su cuenta corriente denominada 'FD'; que la comisión del 40% se pagaba bajo la denominación bonificación, pero realmente eran comisiones; y le hacían firmar un documento donde se acordaba que dicha cantidad se entregaba por bonificación y no era constitutiva de salario; señaló que esas sumas no se pagaron por una sola vez, en una oportunidad en el año 2005 se le canceló en dos pagos.

Indicó que, en los estados financieros disponibles en el Sistema Integral del Mercado de Valores, en la Superintendencia Financiera de Colombia, para los años 2005 a 2010 se observa que la pasiva si pagaba comisiones.

Adujo que durante la relación laboral no se efectuaron parafiscales incluyendo las comisiones pagadas al trabajador.

Refirió que Interbolsa S.A. en Liquidación, como grupo empresarial controla a la sociedad Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa, de la cual es titular del 95% del capital social. (Reforma demanda)

2. Contestación de la demanda.



2.1. Interbolsa S.A. en Liquidación. Contestó la demanda con oposición a las pretensiones, pero aceptó que inicialmente el demandante celebró con Interbolsa S.A. Sociedad de Inversiones en el año 2003 contrato de trabajo a término indefinido, el que, de común acuerdo se cedió el 1° de junio de 2008, empezando a prestar sus servicios a Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa, haciendo la claridad que Interbolsa S.A. Sociedad de Inversiones, cumplió con la totalidad de las obligaciones derivadas de la relación laboral; que el salario se fijó en la suma de \$4.320.000 y quien debe responder por los derechos reclamados en la demanda es Interbolsa Comisionista de Bolsa en Liquidación.

Señaló que el 5 de abril de 2010 el demandante e Interbolsa Comisionista de Bolsa en Liquidación suscribieron acta de conciliación ante el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Trabajo, donde acordaron conciliar cualquier eventual derecho y beneficio derivados de la relación laboral, a cambio de pagarle al actor la suma adicional de \$15.000.000.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir y cobro de lo no debido, cosa juzgada, carencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, pago, compensación y la genérica.

2.2. Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa. fue representada mediante curador ad litem, quien presentó contestación de la demanda, pero fue devuelta por el despacho para su subsanación, y como no se enmendaron las falencias enunciadas, se tuvo por no contestada la demanda por parte de esta accionada.

3. El juzgado de conocimiento, mediante auto del 3 de abril de 2018, ordenó la sucesión procesal con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PARAP Interbolsa.

4. Sentencia de primera instancia.

La Jueza Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020, declaró que entre el demandante y la sociedad Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa (liquidada) existió un contrato de trabajo a término



indefinido con vigencia del 1º de abril de 2003 al 30 de marzo de 2010, “*en virtud de la sustitución patronal que operó con la sociedad Interbolsa S.A. en liquidación judicial*”, declaró parcialmente probada la excepción de cosa juzgada y totalmente probadas las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido y carencia del derecho reclamado; absolvió a las entidades demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

5. Recurso de apelación parte demandante: Inconforme con la sentencia, el demandante presentó recurso de apelación, el cual sustentó así:

“Encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente manifiesto que interpongo recurso de apelación para que ante el superior se tramite el mismo y el cual me permitió sustentar someramente los siguientes términos. De parte del despacho se ha hecho una muy buena relación del acervo probatorio, pero mi inconformidad reviste en cuanto a que no se tuvo en consideración efectivamente el contenido del artículo 127, en cuanto a los elementos integrantes del salario y efectivamente eso tiene asidero en cuanto a que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria fija o variable, sino todo lo que percibe el trabajador, ya sea en dinero o en especie, que corresponda a la ejecución de las labores que desarrolla un trabajador; en el presente caso, pese a que de parte de las demandadas se ha querido disfrazar el tema de que conforme al artículo 128 hay pagos que no son constitutivos de salario, lo cierto es que la ley establece unos requisitos para que tales pagos no correspondan a esta retribución, y si bien es cierto, pues vamos a hacer referencia a que los pagos que se reclaman de parte del actor, como constitutivos del salario, se hizo claridad que efectivamente las codemandadas partían de la base que tenían que liquidar primigeniamente lo que correspondía al salario básico integral y sobre ésta, lo que excediera era lo que correspondía a la cuenta FD. Se acreditó que esta liquidación de lo que correspondía a ese excedente se hacía una liquidación de manera mensual, lo cual rompe con la condición o cualidad que tenga la bonificación, que debe ser esporádica, cuando la bonificación se hace habitual, pues la misma se hace constitutiva de salario y en segundo lugar, como lo he manifestado, cuando esta bonificación corresponde o tiene asidero en la labor que ha desempeñado el actor, pues evidentemente debe ser tomada en cuenta dentro de las características del artículo 127, esto es, que es constitutiva de salario y por ende debe ser parte del factor prestacional que debió haber tenido en cuenta las demandadas para hacer la correspondiente liquidación. Ese es el primer aspecto sobre el cual evidentemente, pues fundó la apelación interpuesta porque se encuentran reunidos los requisitos para demeritar el carácter de bonificación a los pagos que hacían las demandadas y que evidentemente, correspondían a lo que excediera de esa remuneración básica. Ciertamente también se establece por la Ley 1393 del 2010 en su artículo 30 que estas bonificaciones, en todo caso, no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración que percibe al empleado y en el presente caso, evidentemente con base en las documentales que obran a folios de los mencionados por el despacho del 1101 al 1105 obran los valores que en general correspondían a los pagos que se le hacían al demandante por concepto de estas cuenta FD que era constitutiva del salario reclamado, así las cosas, aunque ciertamente no aparece la claridad ni en la identificación de los pagos, como se hacían, de una simple observación de un cotejo de estas documentales, se puede colegir que, evidentemente los valores superan el 40% de la remuneración que de ordinario percibía el trabajador; basta hacer una simple operación aritmética para determinar que estos valores son superiores en más del 40% de los pagos



que, no pueden ser constitutivos de salario y en ese orden de ideas, al hacer este ejercicio se determina que si se incumple lo normado en el artículo 30 de la Ley 1393 en cuanto a que la cuantía de estas bonificaciones, si, evidentemente, eran disfrazadas por las demandadas para distraer y eludir el pago de los compromisos y acreencias laborales a los cuales legalmente tenía derecho el demandante.

Ahora bien, si vamos a ver efectivamente la validez de la conciliación, hay 2 aspectos que consideramos que evidentemente se debió haber hecho un ejercicio un poco más profundo, no obstante, que el despacho hizo lo propio, tiene que ver en cuanto a la validez de la misma, si bien es cierto que no se avizora, evidentemente los vicios de error, fuerza o dolo que pudieran aparecer debidamente resaltados en el documento; del interrogatorio de parte absuelto por el demandante se colige que, evidentemente la conciliación y la renuncia fue motivo de la presión que se hizo por parte de las demandadas, y que en ese orden de ideas le quita la voluntariedad que debe revestir este documento. Así las cosas, se debió haber hecho un ejercicio un poco más profundo respecto a la validez de la conciliación, cuando ciertamente la conciliación estaba viciada por los requisitos que estamos comentando, que no adolezca de sus errores esos vicios a que se ha hecho referencia y como en el presente caso, tal como lo manifestó el demandante en el interrogatorio de parte, acreditó que la renuncia había sido provocada y había sido exigida por las demandadas, se debió haber tenido en consideración que cuando en un acto de esta naturaleza se presenta esta desafortunada situación la conciliación debe ser declarada nula por los vicios que esta misma demerita, al margen de lo anterior, no se tuvo en consideración, se pasó por alto el tema que se acreditó que el concepto de la supuesta bonificación que se le canceló al demandante para que éste presentara la renuncia y que efectivamente se llevará a buen término la relación laboral que él tenía con las demandadas, ciertamente esto fue producto de lo que él tenía en la cuenta FD, o sea los 15 millones de pesos que le pagó las demandadas al demandante es producto de su propio trabajo, entonces cómo no hablar de un vicio cuando efectivamente las demandadas no cancelan el valor de la bonificación con recursos propios, sino con recursos que le correspondían al propio trabajador y así quedó acreditado.

Ahora bien, evidentemente en cuanto que las acreencias laborales deba ser exigible a las actuales demandadas, baste decir que ciertamente esto deriva o deviene del tema de la sustitución patronal que quedó acreditada y evidentemente cuando se presenta una sustitución en el empleador sin que se haya verificado una ruptura o cancelación de las acreencias laborales anteriores, pues subsiste la obligatoriedad de garantizar el pago por parte de ambas, el empleador anterior y el empleador posterior, como acontece en el presente caso. Así las cosas, y con lo aquí expuesto someramente, me permito insistir que por darse los requisitos que evidentemente el demandante estaba alegando desde el inicio de la demanda y que fueron ratificados en la reforma de la demanda, donde se pretende casualmente que se tenga en consideración que la situación que se presentó por parte de las aquí demandadas vulnera las normas y los derechos mínimos laborales que sobre los cuales no se puede hacer tabla rasa o un desconocimiento para legitimar la terminación de un contrato de trabajo y por haberse dado efectivamente en la reclamación en tiempo oportuno por parte del actor, deberá revocarse por parte del superior el fallo apelado y en su lugar, reconocer y acoger las pretensiones incoadas en su integridad, dando lugar al pago de los derechos laborales reclamados desde el inicio...”

6. Alegatos de conclusión. Dentro del término no se recibieron alegaciones de segunda instancia, porque a pesar de que Fiduagraria menciona que los anexa al correo enviado, no aparece ningún archivo adjunto en esos términos.



7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala resolver: 1. Las bonificaciones percibidas por el demandante tienen connotación salarial; 2. La conciliación celebrada entre las partes se encuentra viciada de nulidad, lo que eventualmente puede repercutir en la terminación de la relación laboral.

8. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que la sentencia apelada será **confirmada**.

9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 127 y 128 del CST; art. 30 de la Ley 1393 de 2010; art. 164 y 167 del CGP;

Consideraciones.

En este proceso no se encuentra en discusión la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia del 1º de abril de 2003 al 30 de marzo de 2010 entre el demandante y la sociedad Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa (liquidada) *“en virtud de la sustitución patronal que operó con la sociedad Interbolsa S.A. en Liquidación Judicial.*, pues así fue declarado por la juzgadora de instancia y no fue objeto de reproche, por lo tanto, resta por verificar los temas objeto de apelación, relacionados con la connotación salarial de las bonificaciones percibidas por el demandante, así como si la conciliación a la que llegaron las partes debe nulitarse.

A continuación, esta Sala procede a darle solución a los problemas jurídicos planteados.

Como quedó visto en los antecedentes de esta sentencia, la jueza de instancia solo declaró la relación laboral entre las partes durante el interregno fijado, probadas algunas excepciones de mérito y absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a la nulidad del acta de conciliación celebrada entre las partes, mencionó que el demandante no logró demostrar la presencia de elementos de coacción que tengan la entidad suficiente para viciar su consentimiento, como manifestación de voluntad expresada libremente al momento de celebrar el acuerdo conciliatorio de los derechos inciertos y discutibles de la relación laboral vigente al 10 de abril de 2003 al 30 de marzo de 2010, como se dejó plasmado en el referido documento (fls. 43 y 44); y al encontrar el inspector del trabajo que se trataba de derechos inciertos era



procedente transar las diferencias mediante un acuerdo conciliatorio, que en sentir del despacho cumplió las exigencias legales que le dan validez y eficacia.

En cuanto a las bonificaciones que el demandante alega como comisiones constitutivas de salario, dijo que, con base en la norma laboral, dichos rubros tenían incidencia salarial, solo que no era posible determinar el valor del porcentaje que le correspondía al trabajador por la producción efectuada para los meses de enero a marzo de 2010 y no existía prueba de la suma generada durante dicho periodo para establecer sobre ese valor el porcentaje del 40% que se cancelaba mensualmente, conforme a lo dispuesto en su declaración de parte, y en todo caso, por efectos de la prescripción solo estarían salvos los derechos causados y no pagados entre el 19 al 31 de marzo de 2010; por lo que no había lugar al reconocimiento del reajuste de la liquidación, por no establecerse el monto de las mismas para el interregno reclamado.

Por su parte, el apoderado del demandante de manera confusa hace un análisis de la incidencia salarial de las bonificaciones pagadas al demandante y alega también la falta de validez de la conciliación.

A propósito de las conciliaciones celebradas ante el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Trabajo, tiene dicho la jurisprudencia laboral que: *“frente a la censura de la competencia de la inspectora del trabajo y la validez de las actas de conciliación suscritas por esta, la Corte ya se ha pronunciado, y «ha decidido que esas actas de conciliación son válidas y legales y, además, que la citada inspectora tenía plena competencia para validar los acuerdos allí consignados», para lo cual trae a colación extracto de la sentencia CSJ SL5536-2018...”* (SL 1975-2023 Rad. 85560).

Y en cuanto a los pagos constitutivos de salario la misma Corporación ha enseña que: *“es necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»* (CSJ 39475, 13 jun. 2012). Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»*, sumado a que el derecho del trabajo es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.” (SL2727-2021 Rad. 76066).

Para resolver lo que en derecho corresponda, se revisan las siguientes pruebas:



Obra a fls. 43 y 44 del expediente físico cuaderno 1 tomo 1, el acta No. 789 del 5 de abril del 2010 la audiencia de conciliación celebrada entre el señor Juan Carlos Granada Pino e Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa, ante el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo en la cual: *“las partes acuerdan conciliar cualquier eventual derecho y beneficio que teniendo naturaleza laboral sea de carácter incierto y discutible, como indemnización moratoria e indemnización por la terminación del contrato de trabajo, por la suma de \$15.000.000... el trabajador manifiesta estar de acuerdo con todos los términos, planteamientos, conceptos, cuantías, y pagos aquí estipulados declarando a Paz y Salvo a la empresa Interbolsa Comisionista de Bolsa, no solo por lo derechos aquí mencionados sino cualquier otro de carácter laboral incierto y discutible nacido de la relación de las partes, sin importar su nombre, naturaleza y forma... Como quiera que con el anterior acuerdo conciliatorio no se lesionan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador compareciente, el señor Inspector le imparte su aprobación y advierte a las partes que este hace tránsito a cosa juzgada...”*

Obra a fls. 23 y 24 ib. Dos pagos de bonificaciones por valor de \$38.200.000 el 9 de diciembre del año 2005, y de \$66.000.000 el 27 de octubre de 2005.

Obra a fls. 26 a 28, 30 a 31, 34 a 42, 45 a 50 ib. Declaraciones extrajuicio rendidas por varias personas.

Obra a fls. 134 a 671 ib.- Cuaderno 1 tomo 2, estados de cuenta de Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa con sus respectivas notas de los años 2003 a 2010.

Obra a folios 1095 a 1105 ib. pagos efectuados al demandante, el certificado de ingresos y retenciones del gestor del año 2010, pago variable de bonificaciones de los años 2006 a 2009, el reporte de distribución de la producción bruta del actor de los años 2008 a 2010.

También se escucharon las pruebas personales, contenidas en el interrogatorio de parte del demandante y del testigo Santiago Villegas Quintero.

El demandante señaló que al momento de la cesión del contrato Interbolsa S.A. (2008) en Liquidación no le debía nada; el 30 de marzo de 2010 presentó renuncia, pero no fue libre y espontanea, sino, inducida; que él no manifestó de ninguna forma que la renuncia era inducida; que en recursos humanos le exigieron la renuncia o, sino, le harían un proceso disciplinario, pero no había nadie presente, además de él, y no se retractó de la renuncia; afirma que celebró audiencia de conciliación con Interbolsa Comisionista para que no se iniciara algún proceso disciplinario, que las bonificaciones que les pagaban era por la producción que hacían y era dinero de él. Que él fue



contratado con un sueldo mínimo integral, que él tenía que hacer una operación de tres veces su salario, se le adicionaban unos costos de producción, que si por ejemplo entre compras y ventas hacía una utilidad de \$100.000.000 a él le restaban de esos \$100', \$75' de costo como tal y quedaban \$65' de esos \$65' el 60% era para la comisionista de bolsa, y el 40% para él e ingresaban a la cuenta FD, y dependía del desempeño, que en la mayoría de los meses generaba utilidades; dice que ese acuerdo se lo manifestaron tan pronto firmó el contrato; que cada vez que salía el dinero firmaba el acuerdo de mera liberalidad.

El testigo Santiago Villegas Quintero, quien conoce al demandante en Interbolsa Comisionista en el 2004, dijo que trabajó allá del 9 de enero de 2001 al 15 de abril de 2008; que el esquema salarial de Interbolsa de lo que sabe, es que todos tenían el mismo tratamiento, les pagaban el salario mínimo integral, más el 40% de lo que produjeran en operaciones de especulación; a partir de que se produjera 3 veces el mínimo integral, a eso había que sumarle más costos, que son el sistema electrónico del Banco de La República, entre otros sistemas, se restaban de la producción todos los costos en los que se había incurrido, y de ahí el 40% le correspondía a ellos; asegura que había una conexión directa entre la producción y lo que se ganaban, que no lo pagaban mensualmente, ni como comisiones, pues eso iba a una cuenta llamada el FD, y cada vez que hacían retiros de dineros tenían que firmar el pacto de exclusión salarial y agrega que los cortes de producción eran mensuales.

Apreciadas las pruebas referidas una a una y en su conjunto, de conformidad con los artículos 60 y 61 del CPT y de la SS, 164 y 167 del CGP, aplicable por remisión analógica del art. 145 del CPT y de la SS, además, con las reglas de la sana crítica, puede concluirse que la juzgadora de instancia no desacertó al establecer que no hubo vicio de consentimiento en la conciliación celebrada ante el Ministerio de la Protección Social, como tampoco se pudieron establecer las bonificaciones de enero a marzo de 2010 para efectuar alguna reliquidación de prestaciones sociales, tal como pasa a verse.

1. ¿Las bonificaciones percibidas por el demandante tienen connotación salarial?

En este tópico se debe partir por la fijación del litigio establecida por la jueza a quo, quien respecto al tema que ocupa la atención de la Sala lo limitó en establecer si durante los 3 meses que trabajó del año 2010 ascendieron a la suma de \$171.000.000,



así como determinar si el ingreso salarial fue la suma de \$63.999.000, para con ello efectuar la corrección final de la liquidación de prestaciones sociales; sin que tal decisión hubiese sido objeto de reproche por ninguna de las partes.

Así las cosas, lo primero que se advierte es que el apoderado de la parte demandante tal vez, por descuido, omite el hecho de que la jueza de primera instancia consideró que las bonificaciones que se le cancelaban al actor si constituían salario, de ahí la sinrazón de los argumentos esbozados en el recurso; solo que, para los tres meses del año 2010, no se pudo identificar su valor para efectuar la respectiva corrección de la liquidación final del contrato del demandante.

Ello es así, porque si bien se allegaron por parte de Fiduagraria los ingresos y egresos del gestor, el certificado de ingresos y retenciones del año gravable 2010, las bonificaciones del 2006 a 2009, así como el demandante aportó lo relativo a bonificaciones del 2005, en ninguno de estos documentos se puede identificar el valor de las mencionadas bonificaciones para los meses de enero a marzo del 2010; y es que ni siquiera este se puede calcular con el reporte de distribución de la producción bruta del señor Granada Pino para dicha anualidad, ya que 1. No existe ninguna documental que dé cuenta la forma en cómo se calculaba esa bonificación, más allá de los dichos del demandante y del testigo Santiago Villegas, y 2. Aun en gracia de la discusión si se acogiera la metodología que explica el declarante Villegas de todas formas no se podría calcular el valor de las bonificaciones que constituyen salario, en la medida en que el deponente explicó que a partir de que se causara 3 veces el mínimo integral, a eso había que sumarle más costos, que son el sistema electrónico del Banco de la República, entre otros sistemas, se restaba de la producción todos los costos en los que se había incurrido, y de ahí el 40% le correspondía a ellos; sin embargo, analizada la documental que reposa en el expediente, solo se sabe la producción bruta de esos meses de enero a marzo de 2010, pero se desconoce la sumatoria y resta de costos para obtener el valor exacto al que se le pudiera aplicar el 40%.

Y en todo caso al testigo solo le pudo constar que esa era la metodología hasta el año 2008 y nada más, porque fue el momento en que se desvinculó de la entidad demandada, de ahí que eventualmente los pagos constitutivos de salario pudieron variar o ser los mismos, pero no se tiene certeza del modo como se calculaba para el año 2010.



En lo que tiene que ver con el argumento del incumplimiento del art. 30 de la Ley 1393 de 2010, que al tenor reza: *“Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración;”* vale decir que esta disposición únicamente aplica para efectos de la base de cotizaciones al sistema general de pensiones, en cuanto al monto y su distribución; pero no se puede tomar como referente para establecer el pago de las bonificaciones que constituyen salario.

De manera que no se equivocó la juzgadora de instancia cuando no accedió a las pretensiones de la demanda en este sentido, por cualquiera de las dos razones antes expuestas, porque ante la total orfandad probatoria respecto de los pagos constitutivos de salario del 2010, carga probatoria que se encontraba en cabeza del demandante, y es que no se trataba de un simple cálculo matemático, como lo pretende hacer ver el apelante, porque de lo dicho, se insiste, por el propio testigo Santiago Villegas, no era solamente aplicar un 40% y pare de contar, sino que el tema era más complejo, incluyendo otros componentes que no se encuentran acreditados con ninguna de las pruebas analizadas y revisadas juiciosamente por este Tribunal.

Por lo tanto, no queda otro camino que confirmar la sentencia en este tópico, sin que se hagan necesarias mayores argumentaciones.

2. ¿La conciliación celebrada entre las partes se encuentra viciada de nulidad, lo que eventualmente puede repercutir en la terminación de la relación laboral?

De cara a este punto de apelación, oportuno es precisar, que el demandante en los hechos de su demanda no especificó los motivos por los cuales consideraba que el Acta Conciliatoria No. 789 del 5 de abril del 2010 que recoge la conciliación celebrada entre el señor Juan Carlos Granada Pino e Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa, adelantada ante el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo, contenía vicios del consentimiento; y solo en su declaración de parte indicó que suscribió el acta para que no le adelantaran un proceso disciplinario, circunstancia que no cuenta con ningún respaldo, más allá de lo dicho por el gestor; recordando en todo caso que no le es permitido a las partes fabricar las pruebas en su favor.

Al testigo Santiago Villegas nada le pudo constar en este preciso aspecto, por la sencilla razón que se desvinculó de la pasiva desde el año 2008, incluso afirmó que nada le consta respecto de la referida conciliación, y si se revisa la basta instrumental



que reposa en el expediente, ninguna de esas documentales tiene la virtualidad de acreditar los mentados vicios del consentimiento que alega el demandante.

Y es que tampoco se puede tener como argumento de la presunta ilegalidad de la conciliación el hecho de que supuestamente los \$15.000.0000 fueron pagados con los propios ahorros del demandante y no con dinero de la pasiva, porque esto también se quedó en un solo dicho del accionante, sin que obre prueba que así lo respalde, y aquí en todo caso fue la autoridad del trabajo quien aprobó la conciliación, por lo tanto, goza de validez y legalidad, tal como lo tiene concebido la jurisprudencia laboral.

Lo propio ocurre con la renuncia presentada por el demandante, el 30 de marzo de 2010, misiva en la que expuso: *“Por medio del presente me permito presentar mi renuncia a partir de la fecha al cargo que desempeño en la actualidad Promotor Bursátil, tras laborar en la compañía desde el día 01 de abril de 2003. Agradezco la oportunidad y la confianza que depositaron en mi durante ese tiempo...”*

Por lo tanto, en dicha manifestación de voluntad del demandante tampoco se puede inferir que se presentó constreñimiento o coacción por la pasiva para que el señor Granada Pino renunciara, o por lo menos, así no se encuentra acreditado en el plenario, ninguna prueba respalda la versión del demandante solo se quedó en sus dichos, que, como ya se dijo, no es suficiente para acreditar tan relevante situación, dado que para su prosperidad debió aportar los elementos probáticos que así lo evidenciaran lo que brilla por su ausencia.

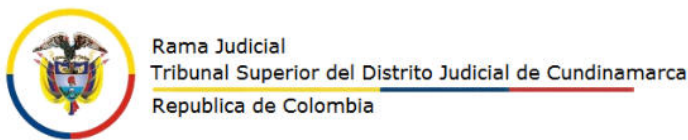
En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia apelada, pero por las razones aquí explicadas.

Costas. Se condena en costas al demandante por perder el recurso, como agencias en derecho inclúyanse la suma de 1 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

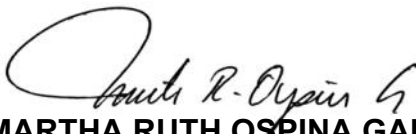
Primero: Confirmar la sentencia apelada, conforme lo motivado.



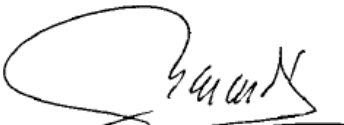
Segundo: Costas a cargo de la demandante, como agencias en derecho inclúyanse la suma de 1 SMLMV.

Tercero: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

-



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105006201900014-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de Trabajo – Estabilidad Laboral Reforzada por la Salud – Reintegro.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y la demandada, contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, en cumplimiento los Acuerdos PCSJA22-11918 del 2 de febrero y CSJBTA22-15 del 01 de marzo de 2022, por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JAIRO GARZÓN RODRÍGUEZ** en contra de la **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA DYG** conformada por D&S S.A., GEOMINAS S.A. y YAMIL SABBAGH SOLANO.

ANTECEDENTES

JAIRO GARZÓN RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UNIÓN TEMPORAL ALIANZA DYG conformada por D&S S.A., GEOMINAS S.A. y YAMIL SABBAGH SOLANO, para que, se ordene su reintegro, al cargo que desempeñaba o uno compatible con sus condiciones de salud y recomendaciones laborales, junto con el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, conforme a lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, los salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de percibir desde la fecha de su despido y hasta cuando se corrobore su reintegro; que, se indexen las condenas impuestas, se conceda lo ultra y extra petita y se imponga a los demandados, la condena en costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que, &S S.A., GEOMINAS S.A. y YAMIL SABBAGH SOLANO, conformaron la UNIÓN TEMPORAL ALIANZA DYG, celebrando ésta, un contrato de prestación de

servicios con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, para la construcción del rebosadero del embalse de Chuza y obras complementarias; que, el 08 de noviembre de 2010, fue vinculado por la demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, devengado como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente; que, después de un año de trabajo, comenzó a padecer quebrantos de salud, hasta que en el mes de septiembre de 2012, fue diagnosticado con “*LUPUS ERITEMATOSO SISTÉMICO*”, que, es una enfermedad autoinmune, crónica y altamente incapacitante.

Señaló que, al ver que sus dolencias cada día se agudizaban más, acudió a la AFP PORVENIR S.A., para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero allí le exigieron el concepto de rehabilitación y la calificación de origen y pérdida de capacidad laboral, emitidos por la EPS; que, se encontraba afiliado en salud, a SALUDCOOP, donde mediante fallo de tutela del 25 de noviembre de 2013, el Juzgado 41 Penal del Circuito de Bogotá, en Segunda Instancia, le ordenó realizar el procedimiento para determinar el origen de las patologías y expedir el concepto de rehabilitación, en aras de calificar un eventual grado de invalidez; sin embargo, la EPS, se negó a cumplir lo ordenado por el Juez de Tutela.

Indicó que, tanto su grave estado de salud, como los trámites en que se encontraba para la calificación de su pérdida de capacidad laboral fueron puestos en conocimiento de su empleador UNIÓN TEMPORAL ALIANZA DYG, no obstante, el 31 de diciembre de 2015, ésta decidió dar por terminado su contrato de trabajo, de forma unilateral, sin tener en cuenta su estado de salud, ni lo ordenado por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; que, a la presentación de la demanda, es atendido por el régimen subsidiado de salud y no puede conseguir trabajo por su enfermedad (fls. 4-8 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, D&S S.A., GEOMINAS S.A. y la sucesión liquidada del fallecido YAMIL SABBAGH SOLANO, quienes conformaban la **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA DYG**, la contestaron oportunamente, aceptaron la mayoría de los hechos y se opusieron a la totalidad de las pretensiones, al señalar que, si bien la desvinculación del demandante, lo fue sin justa causa, se le canceló la respectiva indemnización, sin que, para ese momento, el trabajador haya estado incapacitado, ni valorado con estabilidad laboral reforzada, como tampoco en proceso de calificación, como para considerar que la terminación del vínculo laboral, fue una decisión derivada de su estado de salud. Propuso las excepciones de buena fe por parte de los demandados, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción sin que implique reconocimiento de derecho, temeridad y mala fe del demandante, enriquecimiento sin justa causa, pago, genérica y compensación (fls. 42-53 Archivo 01).

REFORMA DE LA DEMANDA

Conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo 28 del CPTSS, el demandante presentó reforma de la demanda, solicitando de manera subsidiaria, que, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, a término indefinido, del 08 de septiembre de 2010 y hasta el 31 de 2015, terminado de forma unilateral y sin justa causa, por parte de los demandados; y, en consecuencia, que se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa, prevista en el artículo 64 del CST, debidamente indexada; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso. También adicionó la parte actora, pruebas documentales (fls. 82-89 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

El 17 de junio de 2021, se tuvo por no contestada la reforma de la demanda, por parte de la parte accionada (fl. 195 Archivo 01).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de agosto de 2022, el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, declaró que los extremos temporales de la relación laboral que ató a las partes, fueron del 08 de septiembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2015, en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, que culminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador; condenó a la ALIANZA TEMPORAL DYG, al pago de la diferencia de la indemnización por despido sin justa causa, por una suma de \$414.026; absolvió a la demandada, de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró parcialmente probada la excepción de pago, en relación con la indemnización por despido sin justa causa y no probadas las demás propuestas; condenando en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las partes, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **demandante**, argumentó que, dentro el expediente está plenamente probado que al actor, se le diagnosticó y calificó la enfermedad de lupus, de carácter crónico; que, la misma demandada, reconoció a través del testigo convocado por ellos, que el demandante, no prestó incapacidades en el 2015, porque no prestó sus servicios ante la imposibilidad de reubicarlo, dadas sus condiciones de salud; que, el señor GARZÓN RODRÍGUEZ, no tuvo la colaboración suficiente de parte de la EPS SALUDCOOP, para lograr la calificación de su pérdida de capacidad laboral; que, no se tuvo en cuenta el fallo de tutela, donde se ordenó su reintegro al trabajo, por ser objeto del fuero de salud, estando pendiente el trámite de su

calificación, que no se llevó a cabo por negligencia de la EPS, y que, aprovechó la demandada, para finalizar su contrato de trabajo, pese a que su enfermedad era evidente al momento de su despido.

La **demandada**, alegó que, si bien no presentó oportunamente las liquidaciones del contrato inicial de trabajo, y la correspondiente al periodo en que el actor, fue objeto de reintegro por vía de tutela; lo cierto es que, de manera sobreviniente y antes de proferir el fallo que puso fin a la Primera Instancia, sí se allegó al Juzgado, el documento donde consta que al señor JAIRO GARZON RODRÍGUEZ, se le han cancelado todas las indemnizaciones y a la fecha de la sentencia, no se le adeuda ningún concepto, pese a que la *a quo*, no las valoró ni tuvo en cuenta en su decisión, como tampoco valoró en forma completa la declaración de la señora YUDI DUARTE HERNÁNDEZ, auxiliar administrativa de la demandada y quien dijo que, con el reintegro también se le pagó la correspondiente indemnización. Además, solicitó revocar la declaración de los extremos temporales de la relación laboral que ató a las partes, desde el 08 de septiembre de 2010 y las costas del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, las partes no presentaron alegaciones.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar si resultó acertada la decisión de la *a quo*, en cuanto *i)* al extremo inicial de la relación laboral; *ii)* la estabilidad laboral reforzada de la cual alegó ser beneficiario el demandante; *iii)* el pago de la indemnización por despido sin justa causa, que dijo haber cancelado en su totalidad la accionada; y, *iv)* si procede la condena en costas impuesta a las demandadas.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS EXTREMOS TEMPORALES

Quedó demostrado en el proceso, la existencia de una relación de trabajo entre las partes, hecho sobre el cual no existe discusión; no obstante, la parte demandada, solicitó revocar la declaratoria de los extremos del vínculo laboral, que fijó la Juez de Primer Grado, del 08 de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2015, alegando que siempre canceló al trabajador, las liquidaciones correspondientes a cada vinculación laboral.

Respecto a la carga de la prueba de los extremos temporales de un contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 41890 del 24 de abril de 2012 señaló:

“... resulta de mucha utilidad traer a colación lo asentado por esta Corporación en sentencia de 5 de agosto de 2009, radicación 36549, así.

*“Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, **como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.***

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, (...) y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura” (Negrilla fuera de texto)

En ese orden de ideas, para acreditar los extremos de la relación laboral existente entre las partes, se tiene que, al contestar la demanda, la parte accionada, manifestó que, la relación laboral con el demandante, comenzó el 08 de septiembre de 2010, pero, aclaró que ésta, finalizó el 15 de septiembre de 2012, y que, en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá, el 26 de febrero de 2013, reintegró al señor GARZÓN RODRÍGUEZ, a través de un nuevo contrato de trabajo a término indefinido el cual se extendió hasta el 31 de diciembre de 2015 (fl. 43 Archivo 01).

Asimismo, al plenario se allegó contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes, el 26 de febrero de 2013 y su correspondiente liquidación, donde se refiere como extremo final el 31 de diciembre de 2015 (fls. 54-60 y 113 Archivo 01).

También al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL ALIANZA DYG, no informó con exactitud los extremos de la relación laboral; no obstante, señaló que el actor, fue vinculado par el proyecto de rebosadero Chuza, que cuando finalizó la obra, se liquidó, pero después, por una orden de tutela fue reintegrado hasta el 31 de diciembre de 2015, cuando se finalizó su vínculo laboral, de forma unilateral con el correspondiente pago de la indemnización.

También declararon NEFER HARBEY PEÑA CARRION, quien entró a trabajar en la obra del rebosadero de Chuza, entre enero o febrero de 2011 y hasta el 02 de mayo de 2012; que, el demandante, ya se encontraba trabajando allí desde el

año anterior y que, el actor, le contó que lo habían despedido definitivamente en el año 2015.

NESTOR ENRIQUE CIFUENTES JIMÉNEZ, también dijo haber trabajado con el demandante, para UNION TEMPORAL ALIANZA DYG, en la obra del rebosadero de Chuza, desde octubre de 2010, pero que, el testigo trabajó hasta febrero de 2013 y el señor JAIRO GARZÓN RODRÍGUEZ, siguió trabajando allí, por lo que, no le consta hasta cuándo permaneció vigente la relación laboral del actor, con la demandada.

NELSON ALFONSO RUEDA ZAMBRANO, señaló que, conoció al demandante, en los primeros meses del año 2010, como compañero de la UNION TEMPORAL ALIANZA DYG; que, el actor, era lubricador, tenía muchos oficios de biocombustibles; que, el testigo trabajó hasta el 15 de agosto de 2012, por terminación de la obra, pero, dijo que, al actor, lo trasladaron para Bogotá y lo reubicaron acá; manifestó no saber hasta cuándo trabajó el señor GARZÓN RODRÍGUEZ con la demandada.

YUDI DUARTE HERNÁNDEZ, quien dijo ser desde el año 2007, asistente administrativa de YAMIL SABBAGH CONSTRUCCIONES S.A.S., empresa administradora de la UNIÓN TEMPORAL ALIANZA DYG, informó que, el demandante, fue inicialmente vinculado para comienzos del año 2010, mediante contrato de trabajo a término fijo por 4 meses el cual se prorrogó en 3 oportunidades, aproximadamente hasta noviembre de 2011, para el proyecto del rebosadero de Chuza en Chingaza, que la Unión Temporal había celebrado con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá; que, luego por unos anexos de la obra, al actor y otros trabajadores, se les modificó la modalidad contractual, mediante otrosí, cambiándolo a contrato de trabajo por obra o labor, para cumplir una labor de empradización también en la represa de Chingaza; que, el contrato con la Empresa de Acueducto de Bogotá, finalizó aproximadamente para mayo de 2012, liquidando a gran parte del personal de la obra, pero que, el señor JAIRO GARZÓN RODRÍGUEZ, duró incapacitado de forma ininterrumpida hasta septiembre de 2012, por lo que, a él se le finalizó el contrato de obra o labor en ese mes; que, luego por una orden de tutela, el demandante, fue reintegrado en febrero de 2013, cancelándole todos los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social, correspondientes al periodo septiembre de 2012 y febrero de 2013; que, el actor, fue reubicado en una obra que también tenía la Unión Temporal con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ubicada en la calle 92; y que, finalmente, se decidió finalizar el vínculo laboral del demandante, el 31 de diciembre de 2015, comoquiera que, éste no presentaba ninguna incapacidad y ya no tenían dónde ubicarlo, porque tampoco tenían proyectos activos.

En cuanto a los efectos jurídicos que se derivan de un reintegro laboral ordenado por vía judicial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2830 de 2017, reiteró que:

“Si lo anterior no fuera suficiente, destaca la corte que el tema ya ha sido tratado por ella, en casos similares en que se avalaron decisiones de carácter

constitucional, que ordenaron el reintegro de trabajadores, no solo de la misma empresa demandada en el caso que ocupa la atención de la Sala, sino también de otras similares; luego de despidos masivos, en clara violación de derechos de connotación superior como el de asociación sindical. Así lo hizo en decisión SL423-2013 de julio 10, radicado 41481:

*Ahora bien, en torno al razonamiento jurídico del ad quem y que le sirvió de fundamento para conceder actor el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales, debe precisar la Sala que no incurrió en ninguna infracción legal, en tanto que jurisprudencialmente se tiene previsto que el reintegro ordenado por el juez de tutela, fundado en la violación de derechos fundamentales por parte del empleador, **conlleva la anulación judicial del despido y, por ende, tal decisión no produce efectos o debe tenerse como inexistente, y la consecuencia es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban**, esto es, que ello implica el restablecimiento de la relación laboral con el pago de los salarios dejados de percibir durante el tiempo en que el trabajador estuvo cesante, ya que no se presenta solución de continuidad en el vínculo laboral.*

El anterior criterio viene siendo adoptado por la Corporación a través de la sentencia del 20 de junio de 2007, radicación 28780, reiterada en la del 19 de marzo de 2010, radicación 35551, en cuanto se dijo:

(...)

La postura del Juez de apelaciones resulta razonada, dado que el derecho al reintegro así sea del orden constitucional, supone como antesala la anulación judicial de un despido que generó inicialmente las consecuencias jurídicas de terminación del contrato de trabajo, cuya prosperidad conlleva como efecto el volver las cosas al estado en que se encontraban, esto es, la reanudación de la relación laboral, lo cual acarrea el pago de salarios dejados de percibir durante el tiempo que el trabajador duró cesante, donde es de anotar que entre el momento del despido que da origen a la acción correspondiente y aquél en que se materializa el reintegro, no hay solución de continuidad, trayendo como consecuencia que en ese interregno del nexo contractual, se producen los efectos que le son propios a su vigencia, entre ellos el pago de todos los derechos sociales que surgen de la relación de trabajo, que no pudieron ser cubiertos por culpa imputable al empleador...”

Teniendo en cuenta lo anterior, claramente el vínculo laboral del demandante, con la UNIÓN TEMPORAL ALIANZA DYG, comenzó el 08 de septiembre de 2010 y aunque en el año 2012 se varió su modalidad contractual de término fijo a obra o labor contratada, tal modificación no tuvo la virtud de interrumpir la continuidad de la relación laboral, como tampoco la terminación de este último, en septiembre de 2012, pues, con la orden de reintegro dada por el Juez de Tutela, la relación de trabajo, persistió sin solución de continuidad hasta el 31 de diciembre de 2015. En este orden de ideas, resulta acertada la fijación de los extremos laborales que hizo la Juez de Primer Grado, razón por la cual se confirmará el ordinal primero de la sentencia apelada.

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Habida cuenta que aduce el promotor de esta acción, que para el momento de su desvinculación el 31 de diciembre de 2015, era beneficiario de la estabilidad

laboral reforzada por la condición médica que presentaba, forzoso se muestra acudir al ordenamiento legal que regula el tema, cual es la Ley 361 de 1997, que en su artículo 5 prevé la forma de acreditación de la condición de discapacidad de una persona y la calificación de dicho status por parte de la entidad correspondiente, y por ello puntualiza:

“ARTÍCULO 5o. Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.”

A su vez, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 salvaguarda el derecho de las personas discapacitadas para que por esa condición no se les discrimine a nivel laboral, es así como contempla que *“Ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, so pena de ser sancionado a reconocer y paga una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo”.*

Asimismo, es necesario precisar que, en cuanto al fuero de estabilidad laboral reforzada por la Salud, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente varió su postura y entre otras, en la sentencia SL1508 del 10 de mayo de 2023, indicó que:

“... la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año.

b. Alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- 1. La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
- 2. La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo...

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás.

(...)

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) la existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le

impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

(...)

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) el análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) la contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables.

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad

de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características...”

De tal suerte, en aras de determinar si el demandante, a la fecha de finalización de su relación laboral con la UNIÓN TEMPORAL ALIANZA DyG (31 de diciembre de 2015) era o no sujeto de la estabilidad laboral reforzada, se remite la Sala a la documental que reposa en el expediente tendiente, y que, corresponde al resumen de historia clínica, órdenes de medicamentos y ayudas diagnósticas, del 2012 a 2015, de donde se extrae que el actor, fue diagnosticado con *“Lupus eritematoso sistémico, sin otra especificación”* (Carpeta CD Archivo 01); derecho de petición, radicado por el actor, ante SALUDCOOP EPS, solicitándole emitir concepto de rehabilitación y establecer el origen de sus patologías; fallo de tutela del 25 de noviembre de 2013, mediante la cual el Juzgado 41 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá, le ordenó a la EPS SALUDCOOP, expedir el concepto de rehabilitación y calificar el eventual grado de invalidez del señor GARZÓN RODRÍGUEZ; solicitud de incidente de desacato por el incumplimiento de la EPS, al fallo de tutela; carta del 08 de agosto de 2013, mediante la cual el Gerente Administrativo de YAMIL SABBAGH CONSTRUCCIONES S.A.S., le informó al actor, que, *“A partir de la fecha de hoy, (...) no debe presentarse a laborar hasta nuevo aviso, dando espera hasta que la Compañía encuentre un lugar idóneo en el que pueda desempeñar sus funciones de acuerdo con sus restricciones médicas”*; comunicación del 17 de febrero de 2014, enviada por SALUDCOOP EPS a DyG ALIANZA, indicando que se le realizó valoración médica laboral a JAIRO GARZÓN RODRÍGUEZ, con diagnóstico de *“LUPUS ERITEMATOSO SISTEMICO”*, patología de origen común, *“SIN CRITERIO DE INVALIDEZ NI INCAPACIDAD”*, emitiendo recomendaciones como *“PERMITIR CAMBIOS POSTURALES EN LA JORNADA LABORAL, EVITAR POSTURAS FORZADAS DE COLUMNA Y BRAZOS (FLEXO - EXTENSION) EVITAR SUBIR NI BAJAR ESCALERAS PERMANENTEMENTE, EVITAR CARGA PESOS SUPERIOR A 4 KILOS EVITAR USO DE TIJERAS Y ELEVACION DE HOMBROS PERMITIR REALIZAR ESTIRAMIENTOS CADA HORA POR 10 MINUTOS EVITAR JORNADAS LABORALES EXTENSAS EVITAR AREAS DE TRABAJO EN ZONAS DE HUMEDAD O FRIO”*; y que, *“ESTAS RECOMENDACIONES SE EMITEN EN FORMA PERMANENTE POR EL CARÁCTER CRÓNICO DE SUS PATOLOGIAS DE BASE PARA PERMITIR CONTROL DE SINTOMATOLOGÍA DOLORA Y AHORRO ARTICULAR”*; certificados de incapacidad expedidas al demandante, durante los años 2012, 2013 y 2014; epicrisis atención de urgencias y hospitalización del demandante, durante 2011 y 2012.

Igualmente se encuentra valoración especial para reintegro laboral, del 26 de febrero de 2013, donde se dejó constancia de que *“El paciente presenta una patología de base, el LUPUS ERITEMATOSO SISTEMICO-LES, según refiere el mismo paciente con una evolución de aproximadamente un año (dato que es necesario precisar), que es en gran parte la causa de los signos y síntomas que tiene en este momento; sin embargo es necesario continuar estudiando su patología de columna y del manguito rotador bilateral para relacionar la causalidad de la enfermedad genera o la relación con su historia clínica (...) el paciente manifiesta dolor en todo el cuerpo de predominio articular, desaliento permanente y mareos frecuentes. Refiere que desde hace más o menos un año le diagnosticaron LUPUS ERITEMATOS SISTEMICO, estuvo en controles y tratamiento por la*

EPS, pero hace tres meses no tiene seguridad social, perdió la continuidad en los controles y el tratamiento ha sido parcial ya que continúa tomándose la prednisolona con las últimas indicaciones del médico. Al Examen Físico se encuentra un paciente en regular estado, llega por sus propios medios, pero la marcha es dificultosa y antiálgica. (...) Presenta edema y dolor generalizado en articulaciones de predominio en codo, muñecas y rodillas. Igualmente hay limitación en todos los arcos de movimiento de extremidades y columna (...) El paciente puede incorporarse a la empresa en su labor en oficios varios para lo cual tiene unas restricciones y recomendaciones...”, como la afiliación inmediata del trabajador a la Seguridad Social en Salud y riesgos profesionales “para continuar con el tratamiento para sus patologías, ya que en este momento se encuentra en una crisis de sus patologías de base, cuestión que en la mayoría de los casos mejora con un adecuado tratamiento especializado por: Medicina Interna, Reumatología, Fisiatría y Ortopedia. 2. Control por la ARP, para investigar origen de enfermedad Osteomuscular (lumbalgia, discopatía y síndrome de manguito rotador bilateral). 3. No manipular cargas mayores a 5 Kgs. 4. Realizar pausas activas cada dos horas, para cambios de posición (sentado y de pie) y realizar estiramientos de extremidades y columna 5. Evitar posiciones forzadas, como agachadas y cucullas. 6. No realizar movimientos repetitivos, ni uso de herramientas vibratorias, 7. Evitar largos desplazamientos a pie superiores a una hora. 8. Seguir estrictamente las recomendaciones de Reumatología y Ortopedia. 9. Control por medicina laboral en 6 meses” (fls. 97-183 Archivo 01).

En cuanto al estado de salud del demandante, el representante legal de la Unión Temporal, manifestó no tener ningún conocimiento al respecto; el actor, al absolver interrogatorio de parte, informó que, la demandada, era conocedora de su estado de salud, pues, desde el año 2012, comenzó a enfermarse y fue en esa misma época cuando le diagnosticaron el lupus eritematoso; que, siempre le informaba de manera verbal al paramédico de la obra y al ingeniero Juan Felipe Gallón Guzmán, que estaba enfermo; que, nunca le fue calificada la pérdida de capacidad laboral; que, en CONVIDA y SALUDCOOP, le dijeron que adquirió el lupus por los químicos que había manipulado en la obra; que, también presentó dolor lumbar, levantando unas canecas, lo que le comunico verbalmente al paramédico en Chingaza; que, en el año 2012, le terminaron el contrato de trabajo, sin cancelarle ninguna indemnización, pero que fue reintegrado por una orden de tutela y lo trasladaron a una obra ubicada en Bogotá, donde lo tenían en oficios varios, tenía que cuidar una maquinaria, pero tuvo un inconveniente, porque se cayó en un hueco, los compañeros lo sacaron y el ingeniero Juan Felipe Gallón, le dijo que mejor se quedara en la casa, entonces desde el año 2014 dejó de prestar su servicios, pero le siguieron pagando salario hasta el 31 de diciembre de 2015, cuando lo desvincularon.

Los testigos NEFER HARBEY PEÑA CARRION, NESTOR ENRIQUE CIFUENTES JIMÉNEZ y NELSON ALFONSO RUEDA ZAMBRANO, indicaron que, el actor, estaba enfermo, y aunque se ausentaba por unos días siempre regresaba a la obra y cumplía con su trabajo; que, se le inflamaba el cuerpo y tenía quebrantos de salud, pero manifestaron desconocer si la empresa le hacía llamados de atención por sus ausencias médicas o si tomaba represalias en su contra por éstas.

La señora YUDI DUARTE HERNÁNDEZ, indicó que, hasta antes de julio de 2012, el actor, no le informaba a la empresa de las incapacidades médicas que le

otorgaban; que, la empresa se enteraba por los compañeros, porque cuando el señor GARZÓN RODRÍGUEZ no se presentaba a trabajar, ellos decían que estaba enfermo; que, la testigo como asistente administrativa, tuvo que solicitarle, en el mes de julio de 2012, a la administrativa de la obra, que el actor enviara una historia clínica para reclamar a SALUDCOOP el pago de las incapacidades; que, el proyecto del rebosadero de Chuza en Chingaza, finalizó aproximadamente en mayo de 2012, pero, como el actor, estuvo incapacitado de manera ininterrumpida hasta septiembre de 2012, el contrato de obra o labor, sólo se le terminó en esa fecha; que, sólo cuando el demandante, entregó le historia clínica a la demandada, la testigo, pudo verificar que el señor Jairo, estaba en una serie de exámenes médicos, pero que éste nunca manifestó tener un tratamiento de salud pendiente; que, la orden de reintegro por la tutela en el 2013, se dio por un tema de rehabilitación, lo ubicaron en servicios varios y tenía que ayudar en labores de limpieza, pero como le hicieron recomendaciones, lo pusieron a limpiar gabinetes; que, la empresa, le ayudó al demandante, a hacer unas reclamaciones ante SALUDCOOP y PORVENIR, porque él siempre se presentaba y les decía que no le daban las citas y necesitaba sus controles médicos; que, el actor incluso presentó una tutela también contra SALUDCOOP, pero a la Unión Temporal, nunca se le informó ninguna decisión al respecto; que, nunca los superiores o el personal de obra, informó ninguna falencia en el trabajo del demandante; que, la obra ubicada en la calle 92 de Bogotá, donde se reintegró al actor, finalizó a mediados del 2014; que, durante el año 2015, como el actor, tenía recomendaciones y no podía estar expuesto al sol, ni al polvo, lo dejaron en la casa, pagándole salarios y aportes a Seguridad Social Integral hasta el 31 de diciembre de 2015, cuando se le terminó el contrato de forma unilateral, porque el actor, no estaba incapacitado y la empresa, no tenía más obras para ubicarlo; que, durante el año 2015, sólo se le informó a la empresa de 2 incapacidades de 1 día; que, el ingeniero Juan Felipe Gallón, ingresó a la Unión Temporal en el año 2013, no estaba en campo y su trabajo era administrativo.

Teniendo en cuenta las pruebas antes señaladas y el actual criterio jurisprudencial, en relación con la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, contrario a lo manifestado por la Juez de Primer Grado, no es necesario un dictamen de pérdida de capacidad laboral, para encontrar acreditado que, el señor JAIRO GARZÓN RODRÍGUEZ, como consecuencia de la patología de lupus eritematoso sistémico, presenta una deficiencia física, a largo plazo, por ser ésta una enfermedad de tipo crónico.

Ahora, en cuanto al ejercicio de su labor, pese a su estado de salud, a más de los distintos certificados de incapacidades médicas y las recomendaciones dadas en la valoración previa al reintegro y por la EPS SALUDCOOP, no se advierte la existencia de barreras que le impidieran al actor, el desempeño normal de sus funciones como auxiliar de servicios varios, hecho que se corrobora con la declaración del testigo NEFER HARBEY PEÑA CARRION, quien manifestó que, a pesar de su estado de salud, el demandante, cumplía con sus labores, y que, los ingenieros en Chingaza, lo enviaban al médico y luego de 3 o 4 días él regresaba al trabajo, sin ningún problema; y, con lo dicho por YUDI DUARTE HERNÁNDEZ, según la cual, no recuerda haber recibido ninguna queja por parte de los

superiores del actor, en relación con falencias o problemas de rendimiento en su trabajo, es más, ésta advirtió que, para el año 2015, cuando se produjo su despido definitivo, el señor GARZÓN RODRÍGUEZ, no había presentado incapacidades, ni informó la Unión Temporal de ningún tratamiento médico en curso.

Así las cosas, para la Sala, no están dadas las exigencias para entender que el trabajador, se encontraba al momento del despido en situación de discapacidad, pues, su estado de salud en nada interfería en el cumplimiento de sus funciones como auxiliar de oficios varios, lo que excluye la presunción de discriminación y por ende la exigencia de una justa causa o la autorización del Ministerio de Trabajo para finiquitar el vínculo laboral; razón por la que, también se confirmará la sentencia apelada, en este sentido, pero por las razones aquí expuestas.

DE LA INDEMINIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Manifiesta la parte demandada, que, cumplió con el pago de todas las indemnizaciones a favor del demandante, lo que se corrobora con la declaración de la señora YUDI DUARTE HERNÁNDEZ y con la documental allegada al Despacho de Primera Instancia, mediante correo electrónico del 08 de agosto de 2022, correspondiente a las liquidaciones pagadas al trabajador por el primer contrato.

Al respecto, sea lo primero señalar, que si bien la Juez de Instancia, en la audiencia de juzgamiento, celebrada el 10 de agosto de 2022, luego de proferir la sentencia y escuchar los recursos de las partes, incorporó al plenario, el correo electrónico enviado por la demandada, con la documental que se allegaba a través de éste, lo cierto es que, dicha prueba no puede ser valorada en Segunda Instancia, pues, no cumple con los presupuestos fijados en los artículos 83 y 84 del CPTSS, ni fue puesta en conocimiento del demandante, una vez se agregó al plenario.

Ahora bien, habiendo quedado demostrada la existencia de una única relación laboral entre las partes, vigente del 08 de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2015, y encontrándose acreditado con la liquidación de prestaciones sociales de fecha 21 de diciembre de 2015, que, al demandante, sólo se le canceló la indemnización por despido, por el tiempo comprendido entre el 28 de febrero de 2013 y el 31 de diciembre de 2015 (fl. 59 archivo 01), resulta acertado el reajuste ordenado por la Juez de Primer Grado; máxime cuando, contrario a lo afirmado por el apoderado de la pasiva, en su recurso, dentro del plenario no se probó que, al trabajador, se le haya cancelado al momento de su reintegro otra indemnización por despido injusto, correspondiente al lapso de tiempo en que estuvo cesante, esto es, entre septiembre de 2012 y febrero de 2013, ni menos aún, es cierto que, así lo haya ratificado la testigo YUDI DUARTE HERNÁNDEZ, pues, ésta sólo indicó que, como consecuencia del reintegro, al actor, se le pagó mediante cheque a finales del mes de febrero de 2013, el valor de los “salarios, cesantías, primas, vacaciones e intereses”, junto con los aportes al Sistema de

Seguridad Social, cuyo pago dijo la declarante, no recordar si se le había entregado al actor, o se había efectuado a través de la PILA.

DE LAS COSTAS PROCESALES

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que impuso la Juez de Primera Instancia a la parte demandada, considera la Sala, que, no hay lugar a absolver a ésta de su pago, si se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, consagra su imposición a la parte que resulte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, en tal orden de ideas al haber sido desfavorable a sus intereses la providencia, no se equivocó la *a quo*, al disponer la condena; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por la Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la recurrente deberá manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por las partes.

Costas en alzada a cargo de los recurrentes. Se confirman las de Primera Instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el proceso Ordinario Laboral promovido por **JAIRO GARZÓN RODRÍGUEZ** en contra de **D&S S.A, GEOMINAS S.A. y YAMIL SABBAGH SOLANO**, como integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL ALIANZA CYG**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en la alzada a cargo del demandante y las demandadas. Fijense como agencias en derecho a cargo del demandante, la suma de \$580.000 y a cargo de las demandadas, la suma de \$1.160.000. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105019202000046-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el trece (13) de diciembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS FERNANDO MENDIETA URIBE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

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

ANTECEDENTES

LUIS FERNANDO MENDIETA URIBE, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado del RPM al RAIS, en consecuencia, se declare para todos los efectos legales que el demandante siempre ha permanecido afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES, se ordene el traslado de los aportes realizados por el demandante al RAIS al RPM, que se condene a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN cancelar costas procesales y agencias en derecho, aplicación de las facultades extra y ultra petita.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 29 de julio de 1956, que cotizó al RPM por el periodo comprendido entre junio de 1981 y julio de 2003 un total de 736.71 semanas, posteriormente se trasladó al RAIS donde ha cotizado 632.71 semanas, sumando en total 1.369.42 semanas, que al momento del traslado no se brindó la información necesaria, que en 2019 radico derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la nulidad. (01ExpedienteEscaneado.PDF)

Contestación de la demanda

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (archivo 06ContestacionProteccion.pdf).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; 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 social del orden público, innominada o genérica. (archivo 05ContestaciónColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el trece (13) de diciembre de 2022 por el Juzgado diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. realizado el 29 de septiembre de 2006, declarar válidamente vinculado al demandante al RPM administrado por COLPENSIONES desde el 23 de junio de 1981 hasta la actualidad, como

si nunca se hubiese trasladado, por lo mismo siempre permaneció en el RPM, condeno a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, sumas debidamente indexadas, COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas, al momento de cumplirse la orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, se requiere a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante, absolver a las demandadas de la demás pretensiones incoadas en su contra, sin costas. (archivo 12ActaAudienciaArt80CPT.pdf)

Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: que para la fecha del traslado del demandante solo se solicitaba el formulario de afiliación era lo único establecido por la Ley, no es razonable imponer situaciones adicionales, violando el principio de confianza legítima, violándose el debido proceso, ya que COLPENSIONES no tuvo injerencia frente al traslado de régimen realizado por el demandante, es así como la demandada no puede ser favorecida y mucho menos perjudicada, además, se ve afectada la entidad financieramente al verse obligada a recibir a un afiliado que está incurso en una prohibición legal, máxime cuando ha estado por más de 25 años afiliado al RAIS, en caso de confirmarse la decisión, debe ordenarse la devolución del aportes en su totalidad sin deducción alguna.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente COLPENSIONES reitero la solicitud de revocatoria de la sentencia apelada, reiterando sus argumentos, por su parte, el apoderado de la parte demandante solicito se confirme la sentencia. Las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada y **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones con la que pretende el traslado al RPMPD o nulidad de la afiliación al RAIS y su constancia de envió el 4 de diciembre de 2019. (archivo 01ExpedienteEscaneado.pdf, fls. 33 a 39)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo,</i>

		<i>sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veintinueve (29) de julio de 1956, ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales un total de 736.71 semanas (archivo 06ContestacionProteccion.pdf, fl. 48), iii) que el veintinueve (29) de septiembre de 2006 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 2006 (archivo 06ContestacionProteccion.pdf, fls. 36 - 37) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.369.42 semanas (archivo 06ContestacionProteccion.pdf, fl. 48).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo

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

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

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan

de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Protección S.A. el veintinueve (29) de septiembre de 2006 con efectividad el 1 de noviembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el trece (13) de diciembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **LUIS FERNANDO MENDIETA URIBE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante.

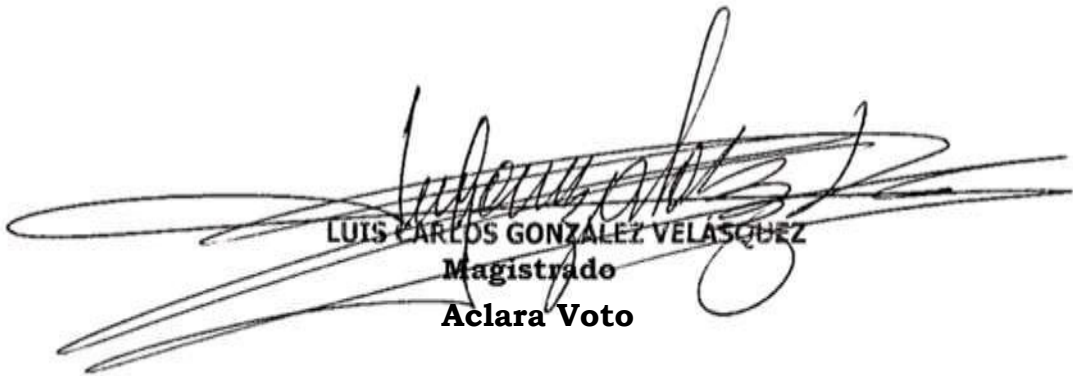
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 19 2020 00046 01 DE LUIS
FERNANDO MENDIETA URIBE CONTRA COLPENSIONES Y PROTECCIÓN**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó MENDIETA URIBE al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105039202000079-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de sobrevivientes hijo menor de edad.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 01 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO** menor de edad, representado por su progenitora **ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN** en contra de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

ANTECEDENTES

JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO, menor de edad, representado por su señora madre ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, para que, se ordene el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor, en forma vitalicia, por el fallecimiento de su padre CENEN ARNOLDO SÁNCHEZ MUÑOZ, debidamente indexada o con los correspondientes intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, se señaló que, ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN y CENEN ARNOLDO SÁNCHEZ MUÑOZ, eran compañeros permanentes desde el 10 de agosto de 2008 y residían en el municipio de Anapoima; que, la señora ORREGO GARZÓN, quedó embarazada, pero tuvo complicaciones de salud, debido a que, al tercer mes de embarazo, el feto presentó “Hidronefrosis antenatal”, por lo que, tuvo que desplazarse a la ciudad de Bogotá; no obstante, su compañero no viajó con ella, porque, debía trabajar, ya que era el único sustento que recibía su hogar.

Se indicó que, JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO, nació el 04 de septiembre de 2010 y fue registrado el 25 de septiembre de 2010, mediante solicitud de registro civil por correo, ante la Notaria Segunda del Círculo de Soacha; que, por su complicado estado de salud, el menor, nació de 38 semanas y estuvo hospitalizado durante su primer mes de vida, fue intervenido quirúrgicamente, los días 03 de junio y el 29 de julio de 2011 y, por junta médica del 18 de febrero de 2015, se le diagnosticó *“hidronefrosis residual derecha significativa con silueta renal muy agrandada y (...) de fotopeni de la unidad renal derecha (...) (infección de vías urinarias, dolor abdominal recurrente, HTA)”*, concepto ratificado en diciembre de 2018, como *“Hidronefrosis GII/IV”*.

Advirtió la parte actora, que, CENEN ARNOLDO SÁNCHEZ MUÑOZ, falleció el 17 de diciembre de 2017; que, el estado de salud del menor, es delicado y requiere tratamientos especializados, por lo que, está afiliado, al igual que su señora madre, al Régimen Subsidiado de Salud; que, la empresa para la cual trabajó el causante, le pagó a ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN, la liquidación de prestaciones sociales, con la que, ésta pudo costear los tratamientos y cuidados de JUAN ÁNGEL; que, le solicitaron a COLFONDOS S.A., la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada, respecto de la señora ORREGO GARZÓN, por no haber probado la unión marital con el fallecido y que, frente al menor, requirió copia auténtica del registro civil de nacimiento, donde se evidenciara el reconocimiento paterno por parte del fallecido, el cual, se presentó ante la AFP el 20 de noviembre de 2019; no obstante, la demandada, requirió nuevamente de dicho documento, para la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR.

Que, ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN, se acercó a la Notaría Segunda del Círculo de Soacha, para solicitar una nueva copia auténtica del registro civil de nacimiento de JUAN ÁNGEL, pero lo dijeron que, si ya se la habían expedido y que si requería otra, debía presentar la orden de un Juez; que, el 09 de abril de 2019, presentó directamente ante la COMPAÑÍA SE SEGUROS BOLÍVAR, comunicación informando que el registro civil ya se había radicado desde el 20 de noviembre de 2018, sin obtener respuesta alguna al respecto; que, el menor de edad, fue programado para una intervención quirúrgica el 31 de julio de 2020, y que, su progenitora, no tiene un trabajo estable, debido a los cuidados especiales que requiere el actor (Archivos 01 y 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, presentó escrito de contestación oportunamente, dijo no constarle la mayoría de los hechos y se opuso a la totalidad de las pretensiones, teniendo en cuenta que, no está demostrado el vínculo de filiación del causante con el menor; además que, para el reconocimiento en forma vitalicia de la pensión de sobrevivencia a favor de un hijo, debe demostrarse la condición de inválido, para la fecha de fallecimiento del afiliado, que, advirtió tampoco se acreditó en legal forma, pues, el menor no ha sido calificado, ni se le ha determinado una PCL, razón por la cual JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO, no puede ser considerado como beneficiario vitalicio del derecho pensional reclamado. Propuso la excepción

previa de falta de jurisdicción o competencia, que, se declaró no probada en audiencia del 01 de noviembre de 2022 (Archivos 23 y 24); y las de fondo, que denominó, inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones de la demanda y falta de acreditación de los requisitos legales para reconocer la pensión de sobrevivientes, inexistencia de prueba de la filiación del menor que aduce representar la actora, respecto del causante y falta de legitimación en la causa por pasiva, petición antes de tiempo, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, imposibilidad de imponer simultáneamente condena por indexación e intereses moratorios, buena fe, innominada o genérica, compensación y pago, prescripción (Archivo 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de noviembre de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO, es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en un 100%; condenó a COLFONDOS S.A., a pagar al menor, el derecho pensional a partir del 15 de octubre de 2017, en cuantía de \$737.717, por 13 mesadas anuales, con los ajustes anuales correspondientes, hasta cuando cumpla 18 años de edad o 25 años, si acredita su incapacidad para laborar por razón de los estudios y, posterior a ello, de sobrevenir un estado de invalidez calificado; condenó a la demandada, al pago de \$56.715.941, por retroactivo pensional, causado del 15 de octubre de 2017 al 31 de octubre de 2022, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandada, interpuso recurso de apelación, argumentando que, si bien esa Administradora, realizó el estudio pensional, respecto del menor demandante, ante COLFONDOS S.A., no se acreditó la filiación del menor con el causante, allegándose únicamente un registro civil de nacimiento que no indicaba el nombre del padre; que, aunque al plenario se allegó una inscripción del infante, el mismo no se presentó a la AFP; lo que, no sólo sustenta la negativa del derecho, sino también la imposibilidad de que se imponga condena por intereses moratorios, ya que, el derecho pensional no se pudo resolver por falta de pruebas, por tanto, no se presentó mora alguna de su parte, más aún cuando el derecho no había nacido a la vida jurídica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, COLFONDOS S.A., pidió revocar la sentencia de Primera Instancia, pues, no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, ante esa AFP, no se presentó el registro civil de nacimiento, con el cual la *a quo*, basó su decisión, siendo esa la razón por la

que esa Administradora, no pudo estudiar de fondo la solicitud de pensión de sobrevivencia; que, tampoco procede el pago de los intereses moratorios, que, sólo operan cuando hay demora en el pago de las mesadas pensionales ya reconocidas y, en el presente caso, el derecho del demandante, no ha sido reconocido, es decir no ha nacido a la vida jurídica, razón por la que no existe demora en su pago.

La parte demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada y actualizar el valor del retroactivo pensional a favor del menor de edad, quien es sujeto de especial protección constitucional.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la demandada, la Sala deberá establecer, si resultó acertada o no la decisión de la Juez de Primer Grado, al reconocer el 100% de la pensión de sobrevivientes deprecada, al menor Juan Ángel Sánchez Orrego; y, en caso afirmativo, si procede o no ordenar el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No fue objeto de discusión en el plenario que, el señor CENEN ARNOLDO SÁNCHEZ MUÑOZ, se encontraba afiliado a COLFONDOS S.A., cotizando para pensión desde el 12 de abril de 2010 (fls.18, 44-47 Archivo 010). Tampoco que, el mencionado señor, falleció el 15 de octubre de 2017 como da cuenta el registro civil de defunción que milita en el expediente; lo que de suyo implica que el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46, 73 y 74 de la Ley 100 de 1993, éste último modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, normas vigentes al momento de su deceso, y que disponen:

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

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones...”*

ARTÍCULO 73. REQUISITOS Y MONTO. Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley.

ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993; ...”

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, más aún cuando se trata de garantizar el ingreso mínimo y la vida en condiciones dignas, un menor de edad, sujeto de especial protección, quien, durante su infancia pierde al progenitor que aseguraba su sustento diario.

Ahora bien, el estado civil es un atributo de la personalidad, determina la situación de una persona en la familia y en la sociedad y de él se derivan derechos y obligaciones. Al respecto, el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, estableció como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas, o muertas en el seno de la iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidieran los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales.

La Ley 92 de 1938 determinó que los documentos referidos eran supletorios y sólo tendrían el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, efectuados con posterioridad a la vigencia de la norma, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los notarios, el alcalde municipal, los funcionarios consulares de Colombia en el exterior y los corregidores e inspectores de policía, quienes quedaron encargados de llevar el registro del estado civil de las personas; luego, el Decreto Ley 1260 de 1970 estableció como prueba única del estado civil para los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos después de su vigencia, las copias auténticas de los registros civiles.

Por su parte, el Decreto 158 de 1998, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015, estableció el trámite de la inscripción de nacimiento por correo, cuando éste ocurrió “*en el territorio nacional de personas residentes en el exterior o en lugares apartados del territorio patrio con relación a aquel en donde deba efectuarse el registro o cuando por motivos justificados sea inconveniente la comparecencia de aquellas*”; solicitud que “*debe formularse por los representantes legales, los parientes mayores más próximos, por las personas mayores de edad que*

hubieren presenciado el nacimiento o tenido noticia directa y fidedigna del hecho, o por el propio interesado mayor de edad, todos debidamente identificados. Quien actúe como denunciante debe consignar en la solicitud de inscripción el número y lugar de expedición del documento de identificación pertinente, así como los prenombrados y los apellidos que le correspondan al inscrito, según lo preceptuado por el artículo 53 del Decreto-Ley 1260 de 1970 y en lo posible los demás datos exigidos por el artículo 52 del citado Decreto. Para acreditar el hecho de nacimiento, a la solicitud de inscripción se acompañará uno de los documentos señalados en el artículo 50 del Decreto 1260 de 1970”

También es preciso señalar que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que, cuando se pretende el reconocimiento de la pensión de sobreviviente para un menor de edad, suficiente es aportar el registro civil de nacimiento o el certificado del mismo, conforme lo dispone el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, donde se acredite el parentesco del causante (SL3720 de 2021).

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, registro civil de JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO, donde consta su nacimiento el día 04 de septiembre de 2010, además, se encuentra inscrito como padre del menor, el señor CENEN ARNOLDO SÁNCHEZ MUÑOZ y en la casilla “*Tipo de documento o Declaración de testigos*” se encuentra la anotación “***SOLICITUD POR CARTA***”; historia clínica del menor; comunicación del 19 de agosto de 2018, de la Notaria Segunda del Círculo de Soacha, dirigida a la madre del menor, con sello de recibido de COLFONDOS Oficina Unicentro, del 20 de noviembre de 2018, mediante el cual se remite copia de la solicitud de inscripción de registro civil, por correo, que efectivamente se realizó en esa Notaría, el 25 de septiembre de 2010; formulario de “*SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE REGISTRO CIVIL POR CORREO*”, donde también se refiere al causante como padre del menor demandante; publicación del periódico El Espectador y certificación radial, mediante los cuales, la empresa SERVICONSTRUCCIONES, convocó a los herederos que creyeran tener mejor derecho que Juan Ángel Sánchez Orrego, para reclamar el pago de la liquidación de prestaciones sociales del trabajador fallecido; registro de nacimiento del causante.

También se aportaron, comunicación del 31 de mayo de 2018, mediante la cual COLFONDOS S.A., le negó a ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN, la pensión pretendida, en calidad de compañera supérstite del causante, por no acreditar la convivencia de manera permanente e ininterrumpida, con éste, durante los 5 años anteriores al fallecimiento; escrito del 18 de febrero de 2019, a través del cual la demandada, requirió a la señora Andrea del Pilar Orrego Garzón, para que presentara copia auténtica del registro civil de nacimiento de su hijo, en el cual se evidencie el reconocimiento paterno “*teniendo en cuenta que en el aportado no se encuentra firmando en el espacio de reconocimiento paterno ni está declarado por el padre*”; formato de solicitud para pensionados, radicado en Seguros Bolívar, el 09 de abril de 2019, por la señora Orrego Garzón, informando que desde el 20 de noviembre de 2018, radicó en las oficinas de COLFONDOS S.A., la solicitud de inscripción del registro civil de nacimiento del menor, con la firma y huella del causante, entre otros documentos; partida de bautismo de JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO, expedida por la Parroquia Santa Ana de Anapoima, donde consta, que la ceremonia se celebró el 06 de marzo de 2011 e

indica como padres del menor a “*CENEN ARNOLDO SÁNCHEZ MUÑOZ Y ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN*”; registro y certificado de defunción del causante, así como la historia clínica de éste, donde se indican las causas de su fallecimiento.

Asimismo, se encuentra solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de fecha 17 de abril de 2018; comunicación del 15 de julio de 2019 de COLFONDOS S.A. a SEGUROS BOLIVAR, remitiendo “*Fotocopia*” del registro civil de nacimiento del menor, para que ésta realice el correspondiente estudio pensional; captura de pantalla, donde se registra la fecha de afiliación del fallecido a la AFP demandada; reporte de semanas cotizadas por el causante; y, las declaraciones juramentadas, rendidas ante la Notaría de Anapoima, por ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN, LEYDI CAROLINA PEÑALOZA FORERO, GUSTAVO ALONSO CALVO, en las cuales además de la convivencia de la señora Orrego Garzón y el fallecido, manifestaron los declarantes, que, de dicha unión nació el menor Juan Ángel Sánchez Orrego (Archivos 01, 1.1 y 10).

Al absolver interrogatorio de parte, ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN, indicó que, inició el proceso para reclamar la pensión de sobrevivientes a los meses de fallecimiento de su compañero; que, ella inició la solicitud del derecho pensional sola y tuvo muchos inconvenientes, porque el causante quería registrar al niño en Anapoima, pero como estuvo hospitalizado durante su primer mes de vida, en el Hospital, les exigieron el registro civil de nacimiento, entonces decidieron hacerlo en la Notaría de Soacha, mediante solicitud por correo, luego en Soacha, los enviaron a radicar papeles en la Notaria Primera de Bogotá y mientras ella hizo todas esas diligencias, no pudo radicar a tiempo los documentos ante COLFONDOS; que, cuando el menor nació fue diagnosticado con hidronefrosis residual, que es una enfermedad renal y además tiene problemas de aprendizaje, pero no ha sido calificado por pérdida de capacidad laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior y contrario a lo señalado por la parte demandada, considera la Sala, que, ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN, sí demostró ante COLFONDOS S.A., que JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO, es efectivamente hijo del fallecido CENEN ARNOLDO SÁNCHEZ MUÑOZ, vínculo éste que no sólo acreditó con el registro civil de nacimiento, radicado ante esa AFP, al momento de solicitar la pensión de sobrevivientes, donde claramente se encontraba inscrito el nombre del fallecido como padre del menor, sino también con todas las demás documentales presentadas el 09 de abril de 2019, ante la Compañía de Seguros Bolívar S.A., tales como, la partida de bautismo, la solicitud de inscripción en el registro civil por correo, los avisos para el pago de las prestaciones del trabajador fallecido y las declaraciones extraproceso, que no fueron tachadas, ni desconocidas por la demandada.

Así las cosas, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto le reconoció la pensión de sobrevivientes, a JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO, en su condición de hijo menor de edad, del afiliado CENEN ARNOLDO SÁNCHEZ MUÑOZ, por lo que, se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

De otro lado, como advierte la parte actora en sus alegaciones, a la luz de lo establecido en el inciso segundo del artículo 283 del CPG, habrá de modificarse el ordinal tercero de la sentencia apelada, para actualizar el valor del retroactivo pensional ordenado por la Juez de Primer Grado, causado entre el 15 de octubre de 2017 a la fecha de la presente decisión, 31 de octubre de 2023, el cual asciende a la suma de SETENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$71.694.799.00), sin perjuicio de las mesadas que se continúen causando hasta la fecha de su inclusión en nómina de pensionados.

DE LOS INTERESES MORATORIOS – ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993

Señala el tenor literal del artículo 141: *“INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que, *i)* la Administradora de pensiones, justifique su conducta en las normas que en un comienzo regulaban la situación o la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013); *ii)* el derecho pensional sea reconocido por un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016); *iii)* cuando se inaplica el requisito de fidelidad al sistema (CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016 y en la CSJ SL070-2018); *iv)* cuando la controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016); y, *v)* exista algún conflicto entre potenciales beneficiarios de la pensión, que solo puede ser dirimido por la Justicia Ordinaria (CSJ SL454-2021).

En el presente caso, como ya se indicó, habiendo demostrado ANDREA DEL PILAR ORREGO GARZÓN, que, JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO, era beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su padre y que, de ello, tuvo oportunamente conocimiento COLFONDOS S.A.; sin que, se encuentre acreditada ninguna de las causales para exonerarse del pago de los intereses moratorios, es por lo que, resulta procedente la condena impuesta en Primera Instancia, por este concepto.

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

Costas en esta Instancia a cargo de COLFONDOS S.A., por haberle sido desfavorable la alzada. Se confirman las de Primer Grado.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 01 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** a pagar a favor de **JUAN ÁNGEL SÁNCHEZ ORREGO**, representado legalmente por ANDREA DEL PILAR ORREGO GÁRZON la suma de SETENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$71.694.799.00), por concepto de las mesadas pensionales causadas entre el 15 de octubre de 2017 y el 31 de octubre de 2023, sin perjuicio de las que se continúen causando hasta la fecha de su inclusión en nómina de pensionados, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado