



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: AMARANTO RAFAEL SIADO CANTILLO
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR
Radicación: 110013105008-2022-00117-00
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Amaranto Rafael Siado Cantillo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado. En consecuencia, se condene a AFP Porvenir S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro a Colpensiones, pagar perjuicios morales; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se encontraba afiliado al sector público hasta enero de 1997, cuando se trasladó al RAIS administrado por la AFP horizonte hoy Porvenir S.A. Refirió que en el momento del traslado los asesores le indicaron que tendría mejores beneficios adicionales y que el ISS, hoy Colpensiones estaba inmerso en una crisis financiera, lo que llevaría a que perdería todas sus cotizaciones y no adquiriera su pensión. Afirmó que nunca se le brindó asesoría completa alguna con respecto a las características de ambos regímenes y las ventajas o desventajas de realizar el traslado; aclara que la AFP Porvenir S.A., no remitió ninguna información sobre el cambio de régimen antes de haber cumplido los 52 años del aquí demandante.

(Expediente digital PDF. 02Demanda.Pdf – Pág. 1-23 y 07Subsanacion.pdf – Pág. 2-5)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 14NotificacionAndje.Pdf – Pág. 1-2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación se presume no sólo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; que de igual manera, no puede ser condenada en costas ni agencias, dado que solo es vinculado al proceso por la administradora del RPMPD. Por otro lado,

formuló excepciones de mérito, tales como, prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Expediente digital PDF. 10ContestaciónColpensiones.Pdf – Pág. 2-12)

3.2. AFP Porvenir S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento. Indicó que no se aportó prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo. Refirió que no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tenía todas las posibilidades de conocer las características y condiciones; que no es viable que el demandante alegue hoy, más de 20 años posteriores a su traslado inicial de régimen pensional, la voluntad de retornar al RPM.

En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (Expediente digital PDF. 09ContestacionPorvenir.Pdf – Pág. 2-41)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de junio de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS, y, en consecuencia, condenó a Colpensiones admitir el traslado de régimen pensión al demandante, condenó a la AFP Porvenir S.A., trasladar las cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado, y por otro lado, condenó a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva la AFP Porvenir S.A. que reposaban en la cuenta de ahorro individual. Por último, gravó en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión del fallador de primera instancia se sustentó en que, de conformidad con el Decreto 663 de 1993 y posteriormente los Decretos 657 de 1994, 2555 de 2010, entre otros, se indicó el deber de información necesario dentro de las operaciones que realicen los usuarios con las administradoras de pensiones, de tal modo, que tengan la posibilidad de escoger las mejores opciones en el mercado. Dispuso que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12316 del 2014 y la SL 4360 del 2019, si se acredita que no se verificó una debida asesoría por parte de la AFP, el traslado quedará sin efecto alguno, razón por la cual la acreditación del cumplimiento del deber de información va a cargo de la AFP.

Manifestó que, en el caso en concreto, la AFP no demostró que se hayan indicado las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas y si bien se allegó formulario de afiliación con la correspondiente firma, dicho formulario no tiene el alcance para demostrar el consentimiento informado, sino solamente un consentimiento sin vicios es así, ello no logra acreditar una expresión de voluntad del afiliado derivada de un consentimiento informado. (Expediente digital PDF. 19ActaAudiencia20230620.pdf)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. AFP Porvenir S.A. Como fundamento de su alzada indicó que en la sentencia de primera instancia no debió declararse la ineficacia de la afiliación, toda vez, que el demandante se trasladó de régimen acompañado por una asesora comercial, quien le indicó las ventajas que tenía el RAIS y en virtud de esta información decidió de forma libre y voluntaria solicitar el traslado de régimen pensional, además, que el actor escogió la modalidad de rentabilidad de conservador. Expuso que la AFP Porvenir S.A. cumplió con ese deber de información sobre el traslado de régimen pensional, conforme con el Decreto 663 de 1993, Ley 100 de 1993 y Decreto 690 de 1994. Adicional a ello, argumentó, que el actor ha realizado diversos traslados dentro del RAIS, lo cual demuestra el interés de permanecer vinculado al mismo y gozar de las ventajas que están incorporadas dentro de este régimen.

Por otro lado, señaló que la inconformidad del demandante va direccionado a la expectativa que tiene frente al monto de su mesada pensional, siendo así, su única motivación para retornar al Régimen de Prima Media, esgrimiendo, que la Corte Suprema de Justicia expone que la motivación económica, no debe ser acogida, puesto que, para la fecha del traslado del régimen pensional, los fondos privados no tenían la obligación de suministrar la proyección de la mesada pensiones porque no se tenían las mismas que existen hoy en día.

Finalmente, refirió que, si se mantiene en firme la declaratoria de ineficacia, solicita que se revoque la indexación sobre el traslado de los gastos de administración, los montos correspondientes a gastos de administración y la condena en costas. (Expediente digital PDF.

19ActaAudiencia20230620.pdf)

5.2. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación argumentando que, el traslado de régimen pensional que realizó el actor en el año 1997, surgió en virtud de los principios fundamentales a la autonomía de la voluntad y la libre escogencia de régimen, puesto que, de lo plasmado en la demanda y las respuesta que brindó en el interrogatorio el actor, se extrae que el ISS hoy Colpensiones, nunca le sugirió cambiarse de régimen y que la AFP Porvenir S.A. le brindó la asesoría correspondiente, que no coaccionaron al actor y por lo tanto, fue él quien de manera libre y voluntaria decidió firmar el formulario de afiliación. Refirió que lo que se presenta en el proceso, es una inconformidad del actor, toda vez, que su plan de pensión no resultó conforme a sus aspiraciones.

Por otro lado, advirtió que el actor no es beneficiario del régimen de transición, adicionalmente indicó, que no se le puede exigir la exhibición de pruebas que son inexistentes para la época de los hechos, dado que la normatividad para el año 1997 imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada y veraz, pero el deber consistía, en suministrar la información y no en dejar constancia de suministro, en virtud que, la misma se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado. Finalmente, señaló la no imposición de costas, por su actuar de buena fe. (Expediente digital

PDF. 19ActaAudiencia20230620.pdf)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la AFP Porvenir S.A., no explicó la forma en que consistió la única capacitación dada al demandante para efectos de que este reflexivamente tomara una debida, conveniente, benéfica e informada decisión al momento del traslado al régimen privado, por lo que quebrantó el deber de información que debió primar al momento de la firma del formulario de vinculación.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones refirió que el traslado realizado por la parte actora el 15 de enero de 1997 a la AFP Porvenir S.A. se presume no sólo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente valido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecida en el trámite de traslado alegado por el interesado, son aseveraciones no probadas en el desarrollo del proceso judicial.

6.3. AFP Porvenir S.A. Dijo que el traslado efectuado por el demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con la AFP, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra Amaranto Rafael Siado Cantillo realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de agosto de 1996 al 31 de diciembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por la entidad (Expediente digital, PDF12ExpedienteAdministrativoColpensiones), quien se trasladó a AFP Porvenir S.A.

el 15 de enero de 1997, mediante la suscripción del formulario núm. 839897, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Expediente digital PDF. 09ContestacionPorvenir.Pdf – Pág. 42)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas	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

	al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
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.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 15 de enero de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP demandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a

desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y**

comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../as <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

9. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: *"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"*.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado; sin embargo, en el presente caso, como ha quedado definido el actor únicamente permaneció en el RAIS con la AFP Porvenir S.A. sin que se hayan presentado traslados horizontales, lo que conlleva a que los argumentos por parte del recurrente no salgan avantes.

10. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión

de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

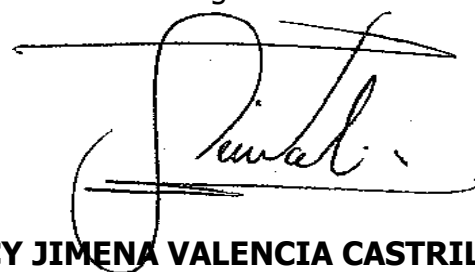
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de junio 2023, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

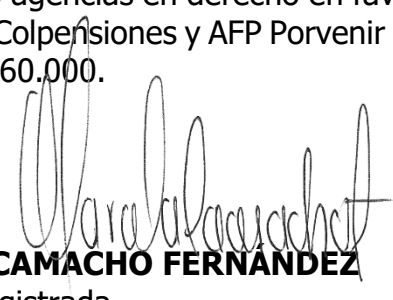

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: OLGA PATRICIA MURCIA ROSAS
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 04-2021-00351-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Olga Patricia Murcia Rosas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS, así como de los traslados efectuados entre las AFP y, consecuencia, siempre estuvo válidamente afiliada al RPMPD, debiendo por tanto los fondos privados realizar el traslado de los aportes recibidos, intereses, como también los gastos de administración, con todos sus frutos y rendimientos; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se trasladó en mayo de 1994 al RAIS mediante la afiliación a Porvenir S.A. y posteriormente a la AFP Colfondos S.A. Refirió que no se le brindó información veraz, debido a que no se le proporcionaron los cálculos y proyecciones respecto a su futuro pensional, tampoco las implicaciones que el cambio de régimen conlleva, es decir, no le presentaron información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión acerca de su perspectiva pensional. (Expediente electrónico, PDF04Subasanademanda, Pág.06 a 07)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF10NotificacionJudicialANDJE, pág. 1-2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a Porvenir S.A. sea nula o ineficaz y, por el contrario, la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia en tanto que no infringe la norma. Indicó que el Sistema General de Pensiones ofrece a los afiliados la opción de seleccionar libremente entre los regímenes disponibles, según los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que la elección de régimen es voluntaria y debe manifestarse por escrito mediante la firma del formulario. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado del

régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la Seguridad Social, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF08Contestación Colpensiones pág. 05 a 18)

3.2. AFP Porvenir S.A. Se opone a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado en tanto que cumplió cabalmente con la obligación de dar información a la actora, en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado horizontal. Refirió que aquella contaba con plena capacidad legal para decidir el traslado del régimen de pensiones e igualmente tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias. Señaló que en caso de que el acto de traslado sea declarado nulo o ineficaz, no sería factible reembolsar los costos administrativos y las primas de seguros previsionales que se vieron obligados a contratar como parte de las prestaciones mutuas correspondientes. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF15Contestacióndelademanda, pág. 25 a 28)

3.3 Colfondos S.A. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que la accionante se afilió de manera voluntaria y sin inducción errónea y, en tanto que los asesores brindaron a la afiliada asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal y sobre las características del RAIS. Como excepciones de fondo presentó las que denominó 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, rectificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago. (Expediente electrónico, PDF16Contestacióndemanda pág.8 a 18)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de junio de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, en consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado. Orden que se extendió a Colfondos S.A., respecto al periodo de tiempo en que estuvo afiliada la promotora del proceso y en relación con todos los recursos correspondientes al valor total de las cotizaciones efectuadas y que no hayan sido trasladados, como gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora. Así mismo, dispuso a Colpensiones a aceptar el traslado con sus correspondientes aportes. Por último, gravó en costas a la AFP Porvenir y AFP Colfondos.

Para arribar a tal decisión el A quo hizo alusión al artículo 13, literal B, de la Ley 100 de 1993, para significar que la necesidad de que el afiliado manifieste por escrito su elección al momento de la vinculación a un régimen pensional ya sea de prima media con prestación definida o de ahorro individual con solidaridad debe estar precedida por información transparente proporcionada por las entidades, en razón a que la falta de datos adecuados puede menoscabar la capacidad del afiliado para tomar una decisión

informada y responsable acerca de su traslado. Destacó la responsabilidad de las entidades en proveer asesoría completa y transparente, en consonancia con la historia de implementación de los sistemas de pensiones y su impacto en los traslados entre regímenes. En consecuencia, resaltó la legítima aspiración de los afiliados a buscar regímenes pensionales más ventajosos, por lo que tiene en cuenta que no se encuentra acreditado el cumplimiento del deber de información por parte de las encartadas, declara la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de todos los recursos que obran en la cuenta de ahorros con destino a Colpensiones.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. Colfondos S.A. Interpuso recurso de apelación aduciendo que los descuentos legales de gastos de administración y otros conceptos están respaldados por la Ley 100 de 1993 y por tanto tienen destinos específicos, como lo es la adquisición de pólizas de seguro previsional y administración de fondos, por lo que de conformidad con el Decreto 3195 de 2008 y concepto de la Superintendencia Financiera no se debe devolver este concepto. Manifestó que los rendimientos generados por la administración de recursos contrarrestan la pérdida del poder adquisitivo y, por tanto, no hay lugar a devoluciones, además indicó que las sumas de los seguros previsionales pertenecen a una aseguradora no vinculada al proceso, al igual que el fondo de garantía de pensión mínima. Por último, solicitó se declare probada la excepción de prescripción sobre la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes al fondo de garantía de pensión mínima, dado que dichos montos no están destinados a financiar la pensión y no fueron reclamados dentro de los tres años.

5.2 Colpensiones. Presentó recurso de apelación señalando que la demandante tenía la capacidad de comprender lo que estaba firmando y de buscar asesoría, descartando la idea de que sea considerada como la parte débil en este proceso. Sostuvo que todas las acciones de Colpensiones fueron llevadas a cabo de buena fe y en cumplimiento de deberes legales, negándose a recibir nuevamente a la demandante en virtud del deber legal establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Subrayó que como entidad estatal no puede reconocer derechos por mera liberalidad según lo establecido en el artículo 346 de la Constitución de Política, máxime cuando la declaratoria de ineficacia podría afectar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y perjudicar los derechos de otros afiliados.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Alegó en su favor aduciendo que no es deber del afiliado demostrar la información que omitió el profesional para convencerlo de su traslado, pues esa obligación le corresponde asumirla a la entidad administradora, quien debe asesorar a cada persona interesada en la afiliación, entre eso, cuál es su situación particular, lo que implica mostrarle lo bueno y desfavorable de aceptar el traslado.

6.2. Colpensiones. En el escrito de alegaciones argumento que, ha actuado apegada a las disposiciones normativas y reglamentarias que rigen su actuación, por lo que al momento de la solicitud del retorno al RPMPD, el actor se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

6.3. AFP Porvenir S.A. Dijo que, la afiliación de la parte actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como expresamente fue admitido y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente

estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la demandante al momento de realizar su afiliación con la entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y Colfondos S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Olga Patricia Murcia Rosas se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 18 de marzo de 1985 con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1994 (Expediente electrónico, 09ExpedienteAdministrativoColpensiones); que se trasladó al RAIS por medio de la afiliación a la AFP Porvenir S.A. el 11 de abril de 1994, iniciando cotizaciones a partir del 1º de mayo de 1994 hasta el 30 de noviembre de 1987, en tanto que firmó solicitud de traslado el 12 de septiembre de 1996 con destino a Colfondos S.A., administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada. (Expediente electrónico, PDF16contestacióndemanda, pág. 26).

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar

información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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 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.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 11 de abril de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que la afiliada sea profesional, pues el hecho de que la actora sea administradora de empresas, no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual

no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Porvenir S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 11 de abril de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar

los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que

los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes al fondo de garantía de pensión mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la Colfondos S.A. y Colpensiones a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

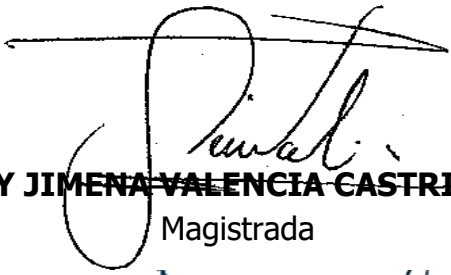
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de junio del 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



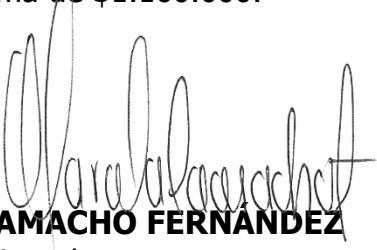
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DORIS JOSEFINA AMAYA MONDRAGÓN
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS
Radicación: 16-2019-00480-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Doris Josefina Amaya Mondragón instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la vinculación realizada al RAIS y, en consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar la demandante a Colpensiones y, que esta última acepte la vinculación y reciba el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que la actora estuvo vinculada en el RMPD, hasta que suscribió afiliación y se trasladó de régimen pensional administrado por la AFP Porvenir S.A. Refirió que los asesores no le suministraron ningún tipo de asesoría, ni le brindaron información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco le informaron los eventuales riesgos que podía tener tal decisión, ni le realizaron una comparación de la mesada que podía recibir en cada régimen. (Expediente electrónico, PDF01 Expedientedigitalizado, pág. 2 a 19)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF01 Expedientedigitalizado, pág. 217 y 218); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta del error en que se ocurrió ante la falta de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. Señaló que, no se evidencia dentro de la solicitud nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante, y que al contrario se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria. Igualmente, manifestó que aquella no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, debido a la prohibición de los 10 años que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Como excepciones

de mérito propuso las denominadas, inoponibilidad por ser un tercero de buena fe, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la Seguridad Social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, innominada o genérica. (Expediente electrónico, Carpeta02CDF|127ContestaciónColpensiones).

3.2. AFP Porvenir S.A. En su respuesta se opuso a cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado horizontal efectuado por la demandante a través de AFP Porvenir S.A. es completamente válido por cuanto brindó la información pertinente y necesaria. Indicó, que de conformidad con los Decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general, por lo que la actora suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado de régimen con la AFP Porvenir S.A. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Expediente electrónico, PDF04CDFI188ContestaciónPorvenir Pág. 1 a 37).

3.3. Colfondos S.A. Presentó oposición frente a las pretensiones de la demanda argumentando que, al momento de la vinculación de la demandante a la AFP se le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional y entre AFP, además, que se le puso de presente las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que produce los aportes en dicho régimen. Como excepciones de fondo propone las que denominó como 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 y compensación y pago (Expediente electrónico, PDF03CDFI184ContestacionColfondos Pág. 1-20).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de junio de 2023 en la que el fallador declaró la ineficacia del traslado al RAIS que realizó la demandante y que tuvo lugar el día 30 de abril de 2001 ante Porvenir S.A. En tal virtud, condenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional con destino a Colpensiones, incluyendo todos los montos correspondientes a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general, todos los valores que se hayan recibido en el RAIS. Esta condena la hizo extensiva a AFP Porvenir S.A. respecto del tiempo en que estuvo afiliada la demandante y en relación con los valores integrantes de la cotización que no fueron trasladados en su momento a Colfondos S.A. Por último, gravó en costas a la AFP Porvenir y a Colfondos S.A.

La decisión del Juez se basó en que, conforme los precedentes plasmados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les corresponde a los fondos privados demostrar que le brindaron una información completa al afiliado para que haya tomado la decisión de optar por un cambio de régimen, y el hecho de firmar un formulario de afiliación no significa, que el mismo se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada. Refirió que no se requiere que quien alega la ineficacia tenga un derecho consolidado, una expectativa legítima de pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición. A su vez, sostuvo que los traslados a otros fondos no subsanen la omisión de la información que en su momento no le brindó la AFP al producirse un traslado en el mismo RAIS.

Señaló que AFP Porvenir S.A. estaba obligada a informarle las ventajas y desventajas de su traslado, sin embargo, no existe medio probatorio tendiente a demostrar que la actora fue suficientemente informada al momento del traslado, por lo que debía declarar la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de todos los recursos que obran en la cuenta de ahorros con destino a Colpensiones.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación parcialmente aduciendo que la información brindada por parte de las AFP fue conforme a los estatutos que regían en ese momento, siendo suficiente el formulario de afiliación para tal fin, por lo tanto, la parte demandante se encontraba plenamente informada al momento de realizar el traslado de régimen pensional. Por último, indicó que el traslado se realizó de manera voluntaria y las AFP actuaron de buena fe.

5.2. Colfondos S.A. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación aduciendo que las devoluciones de gastos de administración y seguros previsionales tienen un respaldo legal y que los rendimientos generados superan los gastos por lo que se obliga a su devolución. Sostuvo, que la ley define qué recursos deben trasladarse al cambiar de régimen y que la condena perjudica a las administradoras y beneficia injustamente a terceros ajenos. En consecuencia, solicitó revocar la condena y limitar la devolución sólo a los rendimientos y aportes en la cuenta de ahorro individual.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. En su escrito de alegaciones refirió que el traslado del actor a la AFP resulta ineficaz, ya que carece de consentimiento debido a que fue inducida en error, pues se basó en un panorama irreal, toda vez que las AFP nunca analizaron su caso personal, ni le proporcionaron una información integral, clara y precisa sobre los detalles de cada régimen, incluyendo los aspectos positivos y negativos.

6.2. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor aduciendo que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico, según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones. Refirió que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo, en ese sentido, de que la demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD y decidir el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación.

6.3. Colpensiones. En su escrito de alegatos argumento que, ha actuado apegada a las disposiciones normativas y reglamentarias que dirigen su actuación y el de las Entidades Públicas, en especial las que dirigen el sistema general de seguridad social, por lo que al momento de la solicitud del retorno al RPMPD, la actora se encontraba en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo que no permitió acceder a su petición.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y Colfondos S.A.

se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Doris Josefina Amaya Mondragón, se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 1º de septiembre de 1983, con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 2001 (Expediente electrónico, Carpeta 02CDFI127, carpeta 03pruebasColpensiones, PDF Contestación demanda); que el 30 de abril de 2001 mediante formulario de afiliación se trasladó al RAIS por medio de la afiliación a AFP Porvenir S.A. (Expediente electrónico, PDF 04CDFI188ContestacionPorvenir, pág. 72-76); que el 11 de agosto de 2003 firmó solicitud de vinculación a la AFP Colfondos S.A., iniciando cotizaciones el 1º de octubre del 2003, administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada. (Expediente electrónico, PDF 03CDFI184ContestacionColfondos, Pág 22-23)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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.

Así, para la data en que la demandante se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 30 de abril de 2001, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la

cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: *"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen".*

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine,

pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A. en el año 2001, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 30 de abril de 2001, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada, sin que el hecho de que ella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que, su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP codemandadas los aportes efectuados por aquellas a ésta, a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones,

declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución del **porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Adicionalmente, se ordenará que tal concepto, así como los ordenados por el A quo al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya*

podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus”, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y de Colfondos S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo y tercero de la sentencia proferida el 7 de junio del 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP) devolver a **COLPENSIONES** las sumas descontadas por concepto de porcentajes destinados a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de

DORIS JOSEFINA AMAYA MONDRAGÓN, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

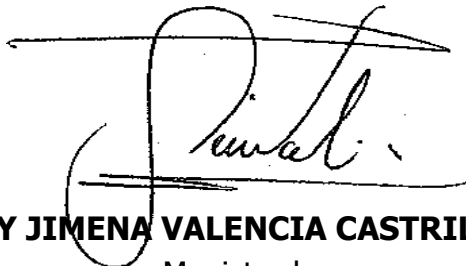
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



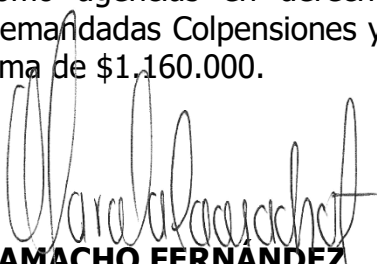
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MIGUEL IVÁN MORENO BELTRÁN
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
Radicación: 16-2021-00592-00
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Miguel Iván Moreno Beltrán instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS y, en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados a Colpensiones y, que esta última reciba dichos dineros y reintegre la afiliación sin solución de continuidad; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 15 de noviembre de 1965 y se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 6 de febrero de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1995. Indicó que fue trasladado al RAIS mediante formulario de afiliación diligenciado el 27 de septiembre de 1995 con Davivir S.A. hoy AFP Protección S.A.; seguidamente, el 21 de diciembre de 1999 fue trasladado a Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., sin que ninguna de las AFP le proporcionaran información relacionada con las condiciones, riesgos del RAIS, variables que incidirían en el valor de la pensión por vejez, como operaría la garantía de pensión mínima, las distintas modalidades de pensión en el RAIS, es decir, no le presentaron información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión acerca de su perspectiva pensional (Expediente electrónico, PDF. 01Escritodedemanda, Pág. 2 a 16).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF9Radicadoagencianacional).; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta del error en que ocurrió el demandante ante la falta de información por parte de

la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. Señaló que, no se evidencia dentro de la solicitud nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante, y que al contrario se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria. Igualmente, manifestó que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 del 2010, debido a la prohibición de los 10 años que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (Expediente electrónico, PDF10 ContestaciónColpensiones Pág. 02 a 09).

3.2. Protección S.A. Conforme a proveído de fecha 17 de marzo de 2023 se tuvo por no contestada la demanda. (Expediente electrónico, PDF16Autoquefijafecha20230321 Pág. 1).

3.3. AFP Porvenir S.A. En su respuesta se opuso a cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado horizontal efectuado por el demandante a través de Porvenir S.A. es completamente válido por cuanto se brindó la información pertinente y necesaria. Adujó que a partir de la expedición de los Decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general; sin perjuicio de lo anterior, manifestó que la promotora del proceso suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada formulario de traslado de régimen con la AFP. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF.04ContestaciónPorvenir Pág. 2 a 27).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de junio de 2023, en la que el fallador declaró la ineficacia del traslado al RAIS que realizó el demandante y que tuvo lugar el día 27 de septiembre de 1995, ante Davivir S.A. hoy AFP Protección S.A. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante con destino a Colpensiones, incluyendo todos los montos correspondientes a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general, todos los valores que se hayan recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad por concepto de las cotizaciones efectuadas en favor de la parte accionante, condena que hizo extensiva a la AFP Protección S.A. durante el tiempo en que estuvo afiliado a tal administradora. Por último, condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que, conforme los precedentes plasmados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a los fondos privados demostrar que le brindaron una información completa al afiliado para que haya tomado la decisión de optar por un cambio de régimen, y el hecho de firmar un formulario de afiliación no significa, que el mismo se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, adicionalmente, adujo que no se requiere que quien alega la ineficacia tenga un derecho consolidado, una expectativa legítima de pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición; a su vez, sostuvo que los traslados a otros fondos, no subsanan la omisión de la información que en su momento no le brindó la AFP al producirse un traslado en el mismo RAIS.

Adujo que si bien del formulario de afiliación se denotaba que el actor al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea, ello no significa que hubiese recibido información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que llevaba su decisión, pues la AFP Protección S.A. estaba en la obligación a informarle las ventajas y desventajas de su traslado, por lo tanto, al no cumplir con la

carga de la prueba declaró la ineficacia del afiliación inicial, así como los traslados realizados con posterioridad a otros fondos. Además, tomó como indicio grave la falta de contestación de la demanda por parte de AFP Protección S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación argumentando que el demandante no enfrentó obstáculos ni impedimentos al cambiar su régimen pensional de manera libre y voluntaria, en tanto que los asesores como los funcionarios actuaron de buena fe, respondiendo a sus preguntas de manera adecuada. Refirió que el artículo 13 de la ley 100 de 1993 destaca la libertad de elección del régimen del sistema de pensiones, condición que debe tenerse cumplida cuando el actor acepta la asesoría y firma el formulario de afiliación conscientemente.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Colpensiones. En su escrito de alegatos argumentó que, ha actuado apegada a las disposiciones normativas y reglamentarias que dirigen su actuación y el de las Entidades Públicas, en especial las que dirigen el sistema general de seguridad social, por lo que al momento de la solicitud del retorno al RPMPD, la actora se encontraba en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo que no permitió acceder a su petición.

6.2. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor que no puede descargarse el deber de informar en la administradora, pues en virtud del principio de igualdad, dicha obligación también recae sobre el afiliado, quien es conocedor de su situación particular y concreta de sus expectativas laborales, que en ultimas son las que permitirán acceder a un mejor derecho pensional, situación que se escapa del conocimiento de la AFP. Refirió que como todo consumidor financiero, aquel debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, por lo menos, obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Miguel Ivan Moreno Beltrán, se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 6 de febrero de 1989, con cotizaciones hasta 30 de septiembre de 1995 (Expediente electrónico, carpeta11anexocontestacióncolpensiones,PDFGRP-SCH-HL); que se trasladó al RAIS, afiliándose el día 27 de septiembre de 1995 con Davivir S.A. hoy Protección S.A., comenzando a cotizar el día 21 de diciembre de 1999 hasta el día 31 de enero de 2000; que se afilió a Colpatria S.A. hoy AFP Porvenir el día 26 de octubre de 1999 (Expediente electrónico, PDF.04ContestaciónPorvenir Pág. 29), iniciando cotización el 1º de febrero de 2000 hasta el 28 de septiembre de 2000; que posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir S.A., afiliándose el 1º de abril de 2002, administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliado. (Expediente electrónico PDF04ContestaciónPorvenir, pág. 30)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar

la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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 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.

Así, para la data en que el demandante se trasladó a la AFP Davivir S.A. hoy Protección S.A., esto es, el 27 de septiembre de 1995, efectivo a partir del 01 de octubre de la misma anualidad, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás

aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: “**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Protección S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 27 de septiembre de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que, su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las

AFP codemandadas los aportes efectuados por aquellas a ésta, a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), debidamente indexados (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

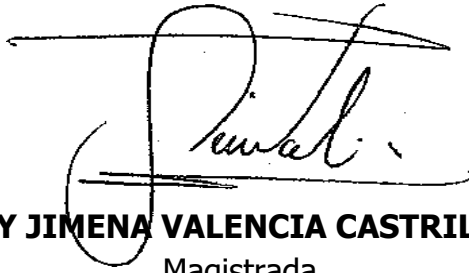
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 8 de junio de 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, y **AFP PORVENIR S.A.** (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) devolver a **COLPENSIONES** las sumas descontadas por concepto de comisiones, rendimientos, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **MIGUEL IVÁN MORENO BELTRÁN**, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



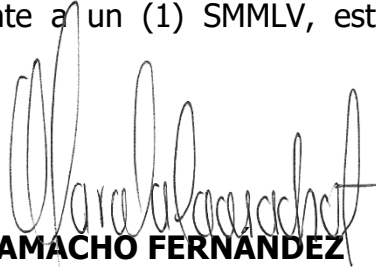
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JANNETT MATILDE LEMOS MARTÍNEZ
Demandadas: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Radicación: 110013105-022-2018-00402-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jannett Matilde Lemos Martínez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado, ante la omisión del deber de información, en consecuencia, se condene a la AFP a restituir a la primera de ellas, los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la parte actora, como lo son cotizaciones y bonos pensiones, así como todos los rendimientos causados, así mismo, que se condene a Colpensiones a recibir de nuevo su afiliación, los valores obtenidos mientras se encontraba vinculada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se contabilicen las semanas cotizadas mientras estuvo en dicho régimen; que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita.

De manera subsidiaria pretende que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado del RPMPD al RAIS, por no predicarse la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, entre el 2 de marzo de 1994 hasta junio de 1998; refirió que se trasladó a Colfondos S.A el 1 de septiembre de 1999, en donde se encuentra afiliada actualmente, sin que el asesor del fondo privado, le brindara información de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre ambos regímenes, cada una de las ventajas y desventajas de realizar dicho traslado; afirma que tampoco le informaron del capital que debía acumular en la cuenta de ahorro individual para adquirir el derecho a la pensión; tampoco le informaron que, no todo el aporte mensual que realizara, sería enviada a su cuenta de ahorro individual; no se le advirtió sobre el bono pensional, ni sobre el derecho de retracto, entre otras obligaciones que tenía que brindar Colfondos S.A.; señala que envió una solicitud con radicado n° 2018_7996579 del 10 de julio de 2018, donde le solicitó a Colpensiones el traslado del RAIS al RPMPD, el que fue rechazada por Colpensiones (Expediente digital PDF

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 01ExpedienteDigitalizado – Pág. 117); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta la demandada, se opuso a cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que a la accionante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio de consentimiento, tampoco se observa nota de protesta o alguna anotación que demuestre algún tipo de inconformidad; de otro lado, refiere que la afiliada no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sumado al hecho que para la fecha de solicitud de traslado a esta entidad contaba con 66 años de edad, por lo que se encontraba en una prohibición legal, conforme lo establece el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y en su momento tampoco hizo uso del derecho de retracto. Aduce que la señora Lemos no cumplía con los requisitos de semanas o tiempo de servicio para regresar el RPMPD. Como excepciones de mérito propuso las que denominó la inexistencia del derecho para regresar el 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 e innominada o genérica. (Expediente digital PDF. 01ExpedienteDigitalizado – Pág. 139-166)

3.2. Colfondos S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones, bajo el argumento que la afiliación realizada por la actora fue producto de una elección libre, espontánea y sin presiones, esto es, porque tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales para brindarles todas las herramientas e información necesarias para que atender a los posibles afiliados, y son estos últimos, quienes manifiestan de manera libre y voluntaria su intención de afiliarse al RAIS; adiciona que la libelista, no hizo uso del derecho de retracto de conformidad con lo establecido en la ley, dejando claro que, no se preocupó por solicitar su traslado de régimen, cuando se publicó en prensa un aviso sobre la restricción de traslado por edad, y por último, argumenta, que no existió omisión al momento de entregar la información que se requiere para el traslado de régimen. Formuló las excepciones de fondo validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica. (Expediente digital PDF. 01ExpedienteDigitalizado – Pág. 119-126)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de noviembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por Jannett Matilde Lemos Martínez, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 22 de junio de 1999; así mismo, ordenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en costas a Colfondos S.A.

La a quo fundamentó su decisión, señalando para ello que, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en múltiple sentencia, recordó el deber que tienen las AFP's de suministrar información a sus afiliados de manera objetiva y transparente, para que los mismos tengan claridad sobre las características de los dos regímenes, así mismo, manifestó que la jurisprudencia del trabajo, ha considerado que la doble calidad de las AFP's como sociedades de servicios financieros y entidades de la Seguridad Social, el cumplimiento con el deber de información debe ser mucho más riguroso, dado que, se encargan de intereses sociales como los son la protección a la vejez, invalidez y muerte,

así pues, enmarca que estas entidades deben ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuando con buena fe y transparencia. Por otro lado, afirma que, con la sola suscripción del formulario de afiliación, no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, dado que, solo acreditan un consentimiento. Respecto a la carga de la prueba, señaló que esta se invierte en favor del afiliado, porque si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilio, es la AFP quien está en la obligación de demostrar que si la brindó, por tratarse de una negación indefinida, aunado a que, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, debió acreditarse que se realizaron todas las actuaciones necesarias, para que la afiliada conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional, sin que dentro del presente caso se haya demostrado que ello haya sido así, razón por la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Respecto de la prescripción, señaló que en esencia lo que se persigue es un derecho pensional, por lo que resulta improcedente este medio exceptivo (Expediente digital, archivos 14 y 15)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión **Colpensiones** formuló recurso de apelación, argumentando que las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, establece que la actora se encuentra inmersa en una expectativa legítima, y así mismo, no cumple con el requisito de las semanas de acuerdo con la Ley 100 de 1993, de otro, afirma que dentro de los documentales aportadas, no se encontraba alguna que expusiera algún error o una falta de deber de información por parte de la AFP o que se encontrara bajo algún vicio del consentimiento, y menos aún, expone, alguna anotación que permitiría inferir que hubo inconformidad por parte de la actora, de otro, señala, que de acuerdo a normatividad vigente, la misma indica que la única prueba válida para demostrar la aceptación de forma libre y voluntaria, es el consentimiento del formulario, esto, porque las leyes a partir del año 1994 hasta el 2014, no exigían algo distinto al contrato de afiliación y por último, arguyó, no se debe declarar dicha ineficacia o nulidad del traslado, puesto que eso genera una descapitalización del sistema. Solicita que, en caso de confirmarse la decisión, se disponga la devolución de la totalidad de los recursos, tales como los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, aportes al fondo de pensión mínima, bonos pensionales, gastos de administración (Expediente digital, archivos 14 y 15).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. Expuso que, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión; por otro lado, indicó que, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor que, es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues la demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la Ley, por lo que sería contrario a Ley permitir el traslado solicitado; por lo anterior, esta entidad no está en la obligación de realizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media, por lo que resulta inverosímil que la accionante, hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta haber acreditado la edad exigida por la ley para acceder a la pensión de vejez, decida solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuesto por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de esta en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se tiene demostrado que la señora Jannett Matilde Lemos Martínez realizó aportes en el ISS hoy Colpensiones desde marzo de 1994 hasta junio de 1998, (Expediente digital, PDF01ExpedienteDigitalizado, pág.129); que el 22 de junio de 1999 realizó solicitud de traslado al RAIS por medio de la AFP Colfondos S.A. (Expediente digital, PDF01ExpedienteDigitalizado, pág. 127 y 131); comenzando a cotizar desde el mes de septiembre hasta la fecha. (Expediente digital, PDF01ExpedienteDigitalizado, pág. 13 a 19).

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la accionante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se

enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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 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.
--	--	--

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Colfondos S.A., esto es, 22 de junio de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP demandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la promotora de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta

de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la convocante a juicio es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de AFP Colfondos S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a la AFP Colfondos S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Aunado a ello, se ordenará que los mismos sean devueltos debidamente indexados.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP COLFONDOS S.A.** devolver a **COLPENSIONES**, además de los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que en su momento se descontaron de la cuenta de ahorro individual de **JANNETT MATILDE LEMOS MARTÍNEZ**, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

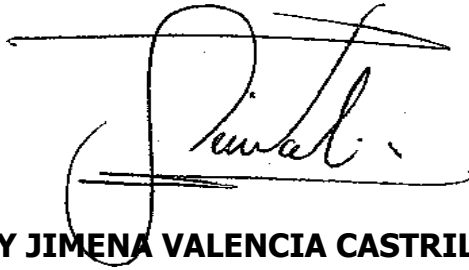
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HENRY ALFONSO ORTIZ
Demandadas: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-019-2020-00462-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Henry Alfonso Ortiz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., con el propósito de que se declaré la nulidad y/o ineficacia de la vinculación al RAIS, que se produjeron el 3 de octubre de 2000 al existir error de hecho que vició su consentimiento y por cuanto no se cumplió con el deber de información. En consecuencia, pretendió que se condenara a AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A a registrar en su sistema de información que no se efectuó ninguna vinculación válida a estas administradoras por la indebida información suministrada al momento de la afiliación; que se condene a Colpensiones a registrar y activar su afiliación; se condene los fondos de pensiones demandados a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono a Colpensiones, para que este a su vez actualice la historia laboral; se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión por vejez en a partir del 29 de diciembre de 2019, así como las costas y agencias en derecho y condenas ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 29 de diciembre de 1959, se afilió el día 06 de mayo de 1985 al ISS, hoy Colpensiones, cotizando un total de 712,57 semanas, vinculación que perduró hasta el 30 de noviembre del 2000; reseñó que el 01 de diciembre de 2000, se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., sin que se le brindara asesoría respecto a las características de ambos regímenes y las ventajas o desventajas de realizar el traslado; el 01 de agosto de 2016, se afilió a la AFP Protección S.A., quien tampoco le brindó la asesoría correspondiente; el día 16 de marzo de 2020 presentó una solicitud ante Porvenir y Protección, para que se declarará la nulidad y activación de la afiliación al RPMPD; petición que fue contestada únicamente por la primera de ellas el 7 de abril de 2020; el día 31 de marzo de 2020, presentó una solicitud de nulidad y activación de la afiliación al RPM ante Colpensiones, solicitud que fue negada el 10 de julio de 2020; que a la fecha acredita 62 años de edad y 1.810 semanas cotizadas. (Expediente digital PDF. 01ExpedienteDigital, Pág. 4-38)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 01ExpedienteDigital.PDF – Pág. 62); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error debido a la falta de información por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. A su vez, reseña que no se evidencia dentro de las solicitudes alguna nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante, por el contrario, se observa que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, sin que se dejara constancia de constreñimientos o presiones indebidas. Por otro lado, señala que no puede ser acreedora de obligaciones que corresponden a la AFP Protección S.A., igualmente, sostiene que, en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 del 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Formuló las excepciones de mérito denominadas, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 e innominada y genérica. (Expediente digital PDF. 04ContestacionColpensiones.Pdf – Pág. 1-48)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación realizada el 03 de octubre de 2000, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, señalando además, que a la parte demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital PDF. 07ContestacionPorvenir.Pdf – Pág. 1-33)

3.3. AFP Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y que el formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el año 2016, se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reiteró, que el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al fondo y un acto válido y existente. Formuló las excepciones de mérito 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 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, y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de **CAUSA** (Expediente digital PDF. 03ContestacionProteccion.Pdf – Pág. 1-28)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de mayo de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS realizado el 3 de octubre de 2000, en virtud de ello, declaró válidamente vinculado al demandante al RPMPD, desde el 16 de marzo de 1978, es así, como condenó a Protección S.A. y Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causado incluidos interés y comisiones sin descontar gastos de administración, debidamente indexados; y que Colpensiones proceda actualizar la historia laboral de la parte demandante y ordenó realizar la respectiva liquidación de la pensión vejez. Por último, gravó en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión del Juez se basó en que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, donde se resalta, que las entidades que están encargadas de su dirección y funcionamiento deben garantizar a los afiliados futuros afiliados una información que sea libre y voluntaria con la entrega de la información que debe ser suficiente y transparente, que les permita a ellos elegir entre las distintas opciones que en el mercado se ajuste a sus intereses. De igual manera, debe describirse de características condiciones para servicios de cada uno de los regímenes pensionales, implicando necesariamente una comparación entre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, así como cuáles son las consecuencias que tiene, de modo que el afiliado conozca con exactitud cómo funciona. Señala que las administradoras de pensiones tienen dos calidades que son de servicios financieros, pero también de administrar Seguridad Social y eso implica un ejercicio, depende en importantes intereses, como es la protección de la vejez, la invalidez y la muerte, por lo tanto, al manifestar el actor que no recibió información al momento del traslado al RAIS, y por tratarse de una negación indefinida le corresponde al fondo gestor de la afiliación demostrar lo contrario, hechos que no se encuentran acreditados en el presente juicio, si bien obran formularios de afiliación en donde se indica que los mismos fueron suscritos en forma libre y voluntaria, ello no es suficiente para que se tenga por demostrado el deber de la información que tenían los fondos, aunque que acredita el consentimiento, no acredita que haya sido informado, por lo que se accedió a las pretensiones de la demanda.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, sostuvo que el actor nació el 29 de diciembre de 1957, por lo tanto, los 62 años de edad fueron cumplidos en el año 2019, fecha en la que contaba con 1.652,82 semanas, por lo que cumple con los requisitos para acceder a ella, a pesar de ello, sostuvo que no se cuenta con la novedad de retiro y la historia laboral aportada por Colpensiones impide calcular el IBL, por lo que se abstuvo de pronunciarse sobre dicha pretensión, por lo que dispuso que una vez se traslade la totalidad de los aportes, por lo que le corresponde a esta entidad realizar la liquidación de la pensión de vejez.

Frente a la excepción de prescripción, indicó que no se declaraba probada, en la medida que la ineficacia de la afiliación es imprescriptible, adicionalmente se trata de una pretensión meramente declarativa. (Expediente digital, archivos 19 y 20)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación de manera parcial, en lo que respecta a la indexación de los recursos a retornar a Colpensiones, puesto que, dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS está

la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, argumenta que, es incompatible y excluyente que se haya ordenado la indexación, dado que, los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado no se han visto afectados por la inflación, y que por el contrario, han generado rendimientos superiores a los que podría garantizar el RPMPD, por lo que los rendimientos financieros compensan la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar, por lo que, al accederse a la indexación se estaría aplicando una doble sanción. (Expediente digital, archivos 19 y 20)

5.2. Colpensiones. Formuló recurso de apelación, indicando para ello que, la inversión de la carga de la prueba, no puede recaer únicamente en las AFP demandadas, en atención a que el actor contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando, expuso que el demandante tenía las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera, a causa de esto, todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por la entidad se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente al demandante encuentra sustento en el deber legal contemplado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, y que, como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, puesto que, la Constitución Política en su artículo 346 así lo señaló, y es por ello que, la declaratoria de ineficacia afecte la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho a la Seguridad Social de los demás afiliados. Finalmente, argumento que, el demandante, ya tiene los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado en el mismo régimen, por lo que, solicitó la revocatoria de la sentencia proferida por el ad quo. (Expediente digital PDF. 19VideoAudenciaFallo.mp4)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. Argumento en el escrito de alegatos de conclusión que, el acto jurídico de cambio de régimen pensional, ha de estar precedido de una ilustración al afiliado como mínimo acerca de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales coexistentes en Colombia; es por ello, que es claro que en tratándose de derechos derivados de la Seguridad Social se debe obtener un consentimiento informado por parte del potencial afiliado, pues se trata de que el usuario comprenda las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación a otro régimen pensional.

6.2. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor que, no debe haber lugar a la devolución de gastos de administración, indexación y costas, toda vez que, resulta jurídicamente inviable desconocer su naturaleza y obligatoriedad de destinación cuando es el legislador quien ha ordenado su debida recaudación y ejecución, puesto que este rubro corresponde a un valor que es ejecutado durante la vinculación de los afiliados al RAIS para prestar aquellas garantías que caracterizan al régimen, es decir, dicho porcentaje que se ordena mediante sentencia a trasladar a Colpensiones, corresponde a un valor que el legislador no solo habilita sino que obliga a destinar y/o ejecutar, en términos generales, durante la vigencia del vínculo con la afiliada, por otro lado, en cuanto a la indexación, señalo que, existe un enriquecimiento sin una justa causa en favor del RPMPD, más que de la parte actora, puesto que no solo se condena a la devolución de gastos administrativos, sino que, se ordena que tales sean indexados, como si estas hubiesen perdido poder adquisitivo.

6.3. Colpensiones. En los alegatos de conclusión señaló que, debe analizarse la condena frente al reconocimiento de la pensión de vejez; como quiera que, al no cumplirse los

requisitos señalados para declararse la ineficacia, tampoco le es procedente a mi representada y menos cuando no participó en el negocio jurídico celebrado entre el actor y la AFP privada, reconocer prestación pensional alguna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿le asiste derecho al señor Henry Alfonso Ortiz al reconocimiento de la pensión de vejez?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Henry Alfonso Ortiz realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 16 de marzo de 1978 al 30 de noviembre de 2000 (Expediente digital, PDF 06HistoriaLaboral), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Porvenir S.A. el 01 de diciembre de 2000, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 01450991. (Expediente digital, PDF 07ContestacionPorvenir, pág. 97 y 101)
- AFP Protección S.A. el 01 de agosto de 2016 hasta la fecha. (Expediente digital, PDF 03ContestacionProteccion, pág. 37)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el afiliado, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba

de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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 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.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 01 de diciembre de 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP demandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al promotor de la contienda acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al promotor de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el precursor de la litis está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A. y AFP Protección, en el año 2000 y 2016 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de diciembre de 2000, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el convocante a juicio haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Protección S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: ".../as

<interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

10. Pensión de vejez Ley 797 del 2003. Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

i) Edad

El promotor de este juicio cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 62 años el 29 de diciembre de 2019, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1957, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (Expediente digital, PDF 02DemandaAnexos, pág. 41).

ii) Semanas

Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. se evidencia que el afiliado también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.652 semanas al 25 de marzo de 2020, de acuerdo con la historia laboral de la AFP Protección (Expediente digital, 03ContestacionProtección, pág. 44 a 74). Por tanto, acertó la Juez primigenia al señalar que el gestor del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, tal y como lo indicó la falladora de primera instancia. Finalmente, debe señalarse que la pensión de la actora debe liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de dicha normatividad.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado

a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

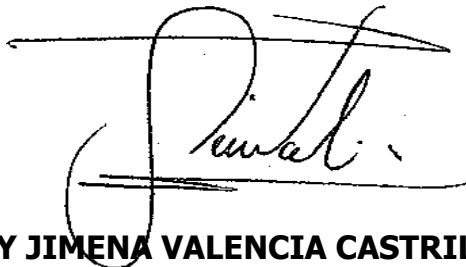
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de mayo o de 2023, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



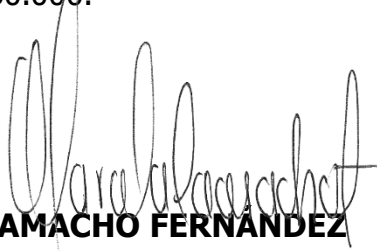
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WILSON ALONSO NUNCIRA CERVANTES
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Litisconsorcio necesario: COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-007-2019-00480-00
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Wilson Alonso Nuncira Cervantes instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado; en consecuencia, se condene al fondo a realizar el pago de los perjuicios causados e intereses moratorios, las costas y agencias en derecho y las que corresponda a las facultades ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que empezó a cotizar el 02 de agosto de 1978 al ISS, hoy Colpensiones, vinculación que perduró hasta noviembre de 1994, cuando se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., refirió que en el momento del traslado el asesor le indicó que debía trasladarse al fondo privado para evitar el riesgo de perder la totalidad de sus aportes en el sistema de pensiones; es así como, afirma que nunca se le brindó asesoría completa alguna con respecto a las características de ambos regímenes y las ventajas o desventajas de realizar el traslado; aclara que la AFP Porvenir S.A., en ningún momento le enviaron información escrita y/o virtual sobre los aportes voluntarios, proyección de su vejez, ni mucho menos que faltando diez años para pensionarse no podría trasladarse a Colpensiones, entre otras, como señala la ley. (Expediente digital PDF. 01CuadernoOrdinario – Pág. 4-19)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 01CuadernoOrdinario – Pág. 175); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta la demandada, se opuso a cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que a la accionante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio de consentimiento, tampoco se observa nota de protesta o alguna anotación que demuestre algún tipo de inconformidad; de otro lado, refiere que la afiliada no es beneficiaria del régimen de

transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sumado al hecho que para la fecha de solicitud de traslado a esta entidad contaba con 66 años de edad, por lo que se encontraba en una prohibición legal, conforme lo establece el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y en su momento tampoco hizo uso del derecho de retracto. Aduce que la señora Lemos no cumplía con los requisitos de semanas o tiempo de servicio para regresar el RPMPD. Como excepciones de mérito propuso las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Expediente digital PDF. 01CuadernoOrdinario – Pág. 134-168)

3.2. Porvenir S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que, el actor se afilió de manera informada, libre de presiones o engaños, toda vez, señaló, que el contenido del formulario de afiliación se dio de acuerdo con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto, indicó que de acuerdo a la ley, el documento que se presume auténtico, donde finalmente, aclaró que garantizó el derecho de retracto, actuando de buena fe, ya que, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informo la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003. Formuló las excepciones de mérito tales como la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y excepción genérica. (Expediente digital PDF. 01CuadernoOrdinario – Pág. 98-129)

4. Trámite procesal. En proveído del 22 de abril de 2022, se dispuso a integrar como litis consorte necesaria a Colfondos S.A. y Protección S.A. (Expediente electrónico, PDF 11ActaAudenciaVincula); quienes presentaron escrito de contestación así:

4.1. Colfondos S.A. Se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que, respecto al deber de asesoría que estableció la Superfinanciera con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, señaló, que los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les podía exigir que demostraran circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado, en ese sentido, sostuvo, que le brindó la información adecuada y completa al demandante, sobre las condiciones bajo las cuales opera el RAIS, y que adicional a ello, la parte demandante no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación. En su defensa, formuló excepciones de fondo, como lo fueron, 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 e inexistencia de perjuicios. (Expediente digital PDF. 17ContestacionDemandaColfondos - Pág. 6-30)

4.2. Protección S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando que, cada una de las actuaciones que realizó han sido precedida por el principio de buena fe y legalidad, señaló que, prueba de lo anterior, es el formulario que diligenció el actor libre de vicios del consentimiento, lo que hace que, hubiera sido un acto existente y valido a través de la firma del formulario que constituyó una manifestación inequívoca en el sentido del traslado, indicó que, no puede prosperar la pretensión de ineficacia y/o nulidad del traslado como pretensión principal, pues el acto jurídico celebrado con el señor Nunciara, cumplió con todos los requisitos de existencia y validez; por lo tanto, produce todos los efectos jurídicos derivados de este. Como excepciones de mérito, propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de

pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a Porvenir S.A., validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS e innominada o genérica. (Expediente digital PDF. 14ContestacionDemandaProteccion - Pág. 4-26)

5. Fallo de Primera Instancia. En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJBTA23-15 del 22 de marzo de 2023, emanado del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, se dispuso remitir el expediente al Juzgado 42 Laboral del Circuito de Bogotá, quien terminó la instancia con sentencia del 16 de agosto de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que hizo el señor Wilson Alonso Nuncira Cervantes al RAIS administrado por Colfondos S.A. el 02 de octubre de 1994, así como los traslados horizontales realizados entre AFPS del RAIS de Colfondos a Protección el 05 de mayo de 1995, de Protección a Porvenir el 31 de julio de 1997, de Porvenir a Protección el 23 de julio de 2001 y de Protección a Porvenir el 17 de febrero de 2011; condenó a las AFP Porvenir S.A, Colfondos S.A y Protección S.A a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados; así mismo, ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de los dinero y a activar la afiliación, como si nunca se hubiese trasladado; declaró no probada la excepción de prescripción y gravó en costas a Porvenir S.A., Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones.

La a quo fundamentó su decisión en que, el marco normativo relacionado con la libre selección del régimen pensional, se encuentra en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el que consagra la escogencia libre y voluntaria de este por parte del afiliado, a su vez, expuso, que el artículo 114 del mismo estatuto normativo, disponen los requisitos para el traslado, aclaró también que el artículo 271 señala las sanciones pecuniarias para quienes coartan la libertad de afiliación o selección, permitiendo dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo así al afiliado realizar una nueva forma de afiliación libre y espontánea. En ese sentido, indicó que el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que era el vigente para la época en que se realizó el traslado del régimen del demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado; en consecuencia reiteró que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia precisó que, las administradoras de fondo de pensiones, desde su fundación estaban obligadas a brindar información objetiva comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los regímenes pensionales, para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo, también expuso que la misma Corte Suprema de Justicia, ha dicho que no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial; de esa manera, explicó que, en los procesos de ineficacia de traslado el debate se debe centrar en verificar el deber de cumplimiento por parte de las administradoras de fondo de pensiones al momento del traslado sin que pueda alegarse si hubo omisiones del afiliado por trasladarse entre fondos privados o no haberse trasladado dentro de la oportunidad legal, toda vez que, el desacato del deber de información genera la ineficacia del acto jurídico del traslado, es así que dentro del expediente, no se encontró prueba alguna que diera cuenta de la información que recibió el afiliado al momento del traslado, tampoco se cuenta con prueba que acredite la asesoría e información clara y suficiente sobre la situación pensional y sobre los efectos del traslado, por lo tanto, el despacho declaró que se configura una vulneración del deber de

información como requisito de la esencial del acto; por otro lado, hizo referencia a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas donde señaló que no opera la misma, toda vez que, existe nexo de causalidad por ser un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible sino porque además también tiene carácter de declarativo.

(Expediente digital PDF. 28AudioAudienciaFallo20230816)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. AFP Porvenir S.A. Fue propuesto recurso de apelación de manera parcial, frente a la condena a la indexación, donde afirmó que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia precisó que la indexación corresponde a la actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, por lo tanto, aclaró que, es una condición inflacionaria de la economía, es allí que, se debe tener en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondo de pensiones es la de garantizar la rentabilidad de las cuentas de ahorro individual de cada uno de los afiliados, por ende resulta incompatible ordenar la indexación teniendo en cuenta que los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor no se vieron afectados por el fenómeno de la inflación, por el contrario hasta la fecha generaron rendimientos.

(Expediente digital PDF. 28AudioAudienciaFallo20230816)

6.2. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación de manera parcial sobre la condena en costas y agencias en derecho, argumentando que, Colpensiones actuado en estricto cumplimiento del orden legal y que no tuvo nada que ver con la decisión que tomó el demandante al trasladarse de régimen, porque fue una decisión autónoma, libre y voluntaria, que no puede cargar impositivamente a dicha entidad y que en nada influyó la decisión del demandante; razón por la cual solicitó no sea condenada en pago de costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta, también el artículo 48 inciso quinto de la Constitución Política, el cual señaló, contempla que no se podrá destinar ni utilizar recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ellas y además porque no cuenta con montos destinados al pago de costas y agencias en derecho, debido a que, solamente cuenta con los aportes que realizan los afiliados. (Expediente digital PDF.

28AudioAudienciaFallo20230816)

6.3. Colfondos S.A. Presentó recurso de apelación, con respecto a los gastos de administración y cuotas de seguro previsional debidamente indexadas, arguyendo que, la administradora de fondo de pensiones se encontraba autorizada legalmente para realizar estos descuentos a través del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, asimismo indicó que, las administradoras deben proteger los aportes que depositan mensualmente los afiliados y garantizan los rendimientos financieros de cada uno de ellos, tanto así que, las administradoras son directamente responsables de los rendimientos que no se generen. Frente a los gastos de administración y seguros previsionales, señaló, que los mismos pretenden proteger las contingencias relacionadas con la invalidez y la sobrevivencia de la parte demandante, las cuales se han visto reflejadas en el pago de primas de seguro previsional con terceros de buena fe, por lo que no hay lugar a su devolución. Finalmente argumentó que frente a la indexación considera que es una doble condena impuesta a cargo de la administradora, aún más cuando no existió devaluación de los aportes del afiliado, por el contrario, los mismos generaron rendimientos. (Expediente digital PDF. 28AudioAudienciaFallo20230816)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. Alegó en su favor que, la AFP Porvenir S.A. tiene la obligación de compensar los daños causados al demandante, ya que, si el fondo pensional hubiera

actuado de acuerdo con lo establecido por la ley y el precedente judicial en estos casos, no se habrían generado dichos perjuicios. Por otra parte, resaltó, la mala fe por parte de la AFP, ya que de manera intencionada ocultó información de la cual tenía conocimiento y sabía que, al revelarla al afiliado, este no habría aceptado el traslado de régimen, ya que representaba la opción menos favorable para él.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo, en ese sentido, arguyo que, la demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación.

6.3. Colpensiones. En el escrito de alegatos de conclusión argumento que, ha actuado apegada a las disposiciones normativas y reglamentarias que dirigen su actuación y el de las Entidades Públicas, en especial las que dirigen el sistema general de seguridad social; dando fiel cumplimiento a los cánones constitucionales, especialmente lo referente al artículo 83 de la Constitución Política. Por otro lado, indicó que, el actor al momento de la solicitud del retorno al RPMPD, se encontraba en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A., Colpensiones y Colfondos S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo,

cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra Wilson Alonso Nuncira Cervantes realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 15 de febrero de 1980 a 31 de octubre de 1994 (Expediente digital, PDF01ExpedienteAdministrativo), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Colfondos S.A, desde 01 de noviembre de 1994 hasta 31 de mayo de 1995.
- AFP Colmena S.A. desde 01 de junio de 1995 hasta 31 de agosto de 1997.
- AFP Porvenir S.A. desde 01 de septiembre de 1997 hasta 31 de agosto de 2001.
- AFP Protección S.A desde 01 de septiembre 2001 hasta el 31 de marzo de 2011.
- AFP ING hoy Porvenir S.A. desde 01 de septiembre de 1997 hasta la fecha.

(Expediente digital, PDF 01CuadernoOrdinario PDF 01CuadernoOrdinario, pág. 24 a 52 y PDF 14ConstestacionDemandaProteccion, pág. 68 a 69)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la

evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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 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.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Colfondos S.A., esto es, 01 de noviembre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP demandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al convocante a juicio una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el convocante a juicio está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el accionante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior

del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de noviembre de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del gestor de la Litis, es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFPs codemandadas los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y demás conceptos enunciados precedentemente, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no imponerlas y menos aun cuando existió oposición a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A., Colpensiones y Colfondos S.A. a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

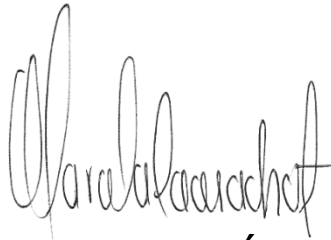
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

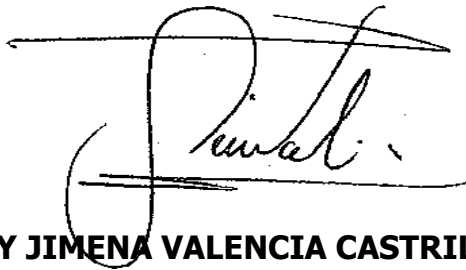
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de agosto de 2023, por el Juzgado Cuarenta y dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, Colfondos S.A y Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



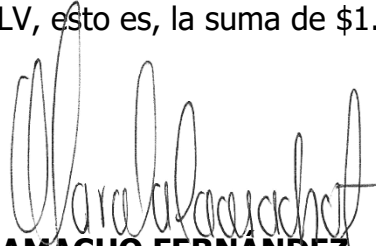
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, AFP Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JORGE IVÁN CANO BLANDÓN
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 43-2023-00024-00
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Iván Cano Blandón instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declaré la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia de traslado, puesto que, adujo la existencia de engaño y vulneración a su buena fe, induciéndolo al error y viciando así su consentimiento, para obtener el traslado al régimen de ahorro individual. En consecuencia, solicitó que se condene a AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono a Colpensiones, entidad que deberá recibirlo y mantenerlo como afiliado; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió el 18 septiembre de 1985 al ISS, hoy Colpensiones, cotizando un total de 710,71 semanas, vinculación que perduró hasta el 30 de junio del 1999, cuando se trasladó al RAIS administrado por AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. Refirió que en el momento del traslado no se brindó asesoría alguna con respecto a las características de ambos regímenes y las ventajas o desventajas de realizar el traslado. (Expediente digital PDF. 01DemandaPrueba.Pdf

– Pág. 1-10)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones esbozadas en esta, exponiendo que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, basadas en el artículo 2º de Ley 797 de 2003, que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Esgrimió que al solicitar el traslado entre regímenes en este momento es improcedente, lo que imposibilita a la entidad reactivar la afiliación y

aceptar el traslado de los aportes realizados por el demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad. En su defensa formuló excepciones perentorias, tales como, aplicación del precedente establecido en la Sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho e innominada y genérica. (Expediente digital PDF. 09ContestaciónColpensiones.Pdf – Pág. 3-27)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existe una causal legal que justifique declarar la ineficacia del traslado, si se tiene en cuenta que la afiliación realizada no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia, conservando validez, por lo que la permanencia del demandante en el RAIS fue consecuencia de su voluntad de mantener su afiliación bajo las condiciones del régimen. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó prescripción, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. (Expediente digital PDF. 07ContestacionDemandaPorvenir.Pdf – Pág. 3-23)

3.3. AFP Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, de modo que el formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el año 1999, se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante. Dijo que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Formuló las excepciones de mérito que rotuló 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, reconocimiento de restitución 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 y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (Expediente digital PDF. 08ContestacionProteccion.Pdf – Pág. 3-26)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de julio de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y, en tal virtud, condenó a la AFP Protección S.A. que traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos, gastos de administración así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, condena que hizo extensiva a la AFP Porvenir S.A. Ordenó a Colpensiones a tener como válidamente afiliado al actor al régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP Protección y Porvenir. Por último, gravó en costas a la AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A.

La decisión del Juez se basó en que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, las sentencias SL 19437 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 782 de 2021 y SL 1949 de 2021, es un deber brindar información completa y detallada al afiliado que pretende trasladarse al régimen pensional sobre cada una de las características de los dos regímenes pensionales, junto con las consecuencias reales de dicho traslado con el fin de que pueda tomar decisiones informadas. Dijo que

se concibió desde la creación del SGSSP, y así mismo el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que las AFP tienen la obligación de entregar la información suficiente de cada uno de los regímenes pensionales, lo que guarda armonía con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Sostuvo que en el presente asunto no se acreditó una debida asesoría por parte de las AFP al actor, sin que hayan probado que suministraron información relacionada con las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas para el momento del traslado al RAIS y si bien se allegó formulario de afiliación con la correspondiente firma del promotor del proceso, ello no logra acreditar dentro de la litis la debida información que se exige en estos procesos. (Expediente digital PDF. 17ActaAudiencia202300024.Pdf – Pág.

1-17)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación, argumentando que el demandante suscribió un formulario de vinculación o traslado de manera horizontal; es decir, entre regímenes en forma, libre espontánea y sin presiones, situación que no da a lugar a la ineficacia, debido a que realizó varios traslados horizontales entre AFPs del mismo régimen, sin mostrar inconformidad o descontento alguno con el régimen pensional que escogió. Manifestó que no era viable el traslado de rubros indexados y a la condena en costas, ni tampoco el pago de los dineros de gastos de administración, prima de seguro provisional y dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros. Resaltó que los gastos administrativos no hubiesen generado en el RPM ningún tipo de rendimiento a la parte actora, de tal manera que si se mantiene la condena generaría un enriquecimiento sin justa causa a su favor. Insistió que al momento de realizar la solicitud del traslado al RPMPD con Colpensiones, aquella se encontraba en la prohibición legal prevista en la Ley 797 del 2003, siéndole imposible a ésta acceder al cambio de régimen pensional. (Expediente digital PDF. 17ActaAudiencia202300024.Pdf – Pág. 1-17)

5.2. Colpensiones. En su alzada esgrimió que la ineficacia del traslado atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, dado que con ello se descapitaliza el RPM cuando el actor no ha contribuido al régimen, además, no se tiene en cuenta la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que en un futuro pudiesen representar el pago de sus pensiones y reajustes periódicos; lo anterior pone en riesgo la garantía irrenunciable de otros cotizantes y la buena fe de las actuaciones con que actúa Colpensiones, más aún cuando están próximos a concederle su pensión de vejez. (Expediente

digital PDF. 17ActaAudiencia202300024.Pdf – Pág. 1-17)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que carecía de conocimiento o experiencia frente a temas de pensión al momento de efectuar el traslado de Régimen, tal y como quedo evidenciado en el interrogatorio de parte efectuado al demandante. Dijo que la AFP por medio de sus asesores tenía el deber de proporcionar información clara, completa, suficiente, necesaria, documentada y oportuna, lo que no esta probado dentro del proceso, al punto que no se le dio la posibilidad de retractarse de su afiliación ni la de retornar al fondo público antes de los 47 años.

6.2. AFP Porvenir S.A. Dijo que no hay lugar a la devolución de gastos de administración, indexación y costas, toda vez que, resulta jurídicamente inviable desconocer su naturaleza y obligatoriedad de destinación cuando es el legislador quien ha ordenado su debida recaudación y ejecución, puesto que este rubro corresponde a un valor que es ejecutado durante la vinculación de los afiliados al RAIS para prestar aquellas garantías que caracterizan al régimen. Señaló que dicho porcentaje que se ordena mediante sentencia corresponde a un valor que el legislador no solo la habilita sino que

obliga a destinar y/o ejecutar, en términos generales, durante la vigencia del vínculo con el afiliado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y vii) ¿Es dable imponer costas procesales en contra de AFP Porvenir S.A.?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra Jorge Iván Cano Blandón realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 18 de septiembre de 1985 al 30 de junio del 1999, quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Protección S.A. el 24 de mayo de 1999, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 5091663.
- AFP Porvenir S.A. el 30 de diciembre de 2002, a través de la suscripción del formulario de afiliación núm. 10206378.
- AFP Protección S.A. el 17 de diciembre de 2018, según da cuenta el reporte emitido por el SIAFP.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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	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

	laborales y autonomía personal	
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.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Protección S.A., esto es, 24 de mayo de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFPs codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, las AFPs demandadas estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un

consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., en el año 1999 y 2002 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 24 de mayo de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de

prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora (durante el tiempo de permanencia del actor en cada una de las AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto

contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados. Debe precisar la Sala que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y demás conceptos enunciados precedentemente, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

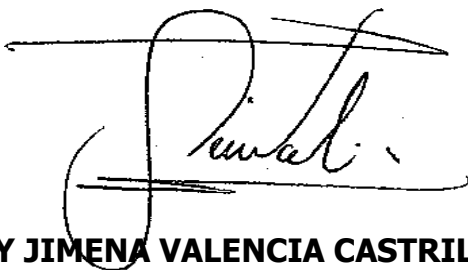
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de julio de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



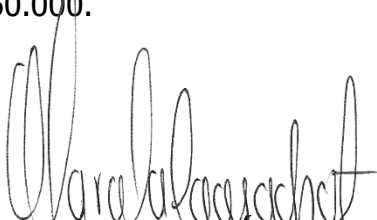
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS ALBERTO GIRALDO ESCOBAR
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 11001310502620220035900
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos Alberto Giraldo Escobar instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado en el mes de abril de 1995, por haber existido engaño, asalto a su buena fe induciéndolo al error, viciando su consentimiento y mantenerlo en continua desinformación para que se trasladara; en consecuencia se ordene a Protección a retornar a la entidad pública 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, para que esta a su vez, lo reciba y lo mantenga en el RPMPD; se condena al pago de costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante se afilió al sistema general de pensiones con el RPMPD en el mes de noviembre de 1992, cotizando un total de 95,43 semanas con el ISS, hoy Colpensiones; en el mes de abril de 1995 se trasladó al RAIS mediante la afiliación a Porvenir S.A.; en el mes de agosto de 1995 se trasladó a AFP Protección S.A.; refiere que las afiliaciones no estuvieron precedidas de una debida asesoría por parte de los fondos; actualmente cuenta con un total de 1041,86 semanas cotizadas al mes de diciembre de 2019; el 1 de septiembre del 2022, elevó derecho de petición a Porvenir S.A. y el día 16 de mayo de la misma anualidad frente a Protección S.A y Colpensiones, con el fin de que se anulara el traslado de régimen pensional, solicitudes que fueron negadas. (Expediente electrónico, PDF04subsanaciondemanda, Pág. 05 a 19)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF08ConstanciadenotificacionAgenciaNacionaldeDefensaJuridicadelEstado); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias incoadas en la demanda, argumentando que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a

Protección S.A. efectuada en el año 1995 sea nula o ineficaz, que por el contrario, y teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo cual, no procedería lo pretendido, ya que el afiliado en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 plenamente válido, por lo que no se evidencia la afirmación de vicio del consentimiento; de igual manera, se da por sentado que el contrato firmado por las partes cumple con los presupuestos y requisitos legales para su existencia y validez jurídica. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas. (Expediente electrónico, PDF 11ContestacionColpensiones.pág.4-13 contestación Colpensiones)

3.2. Porvenir S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, señalando para el efecto que, la vinculación del actor a la AFP Invertir S.A. hoy Porvenir, no se efectuó “engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error”, contrario a lo manifestado, el señor Carlos pretende desconocer que, la determinación de pertenecer al RAIS fue libre y consciente, la que se refleja con la suscripción de formulario de afiliación N°003094 de fecha 01 de julio de 1994; a su vez, señala que al momento del traslado se le informó con suficiente claridad los criterios pensionales y las características de ambos regímenes, tal como lo estipula la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica. (Expediente electrónico, PDF10ContestaciónDemandaPorvenir, Pág 2 a 24)

3.3. Protección S.A.: La llamada a juicio se opuso a cada una de las pretensiones dirigidas en su contra, señalando para el efecto que, el acto por medio del cual se realizó el traslado del accionante al RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como prueba de ello obra el formulario de vinculación que se suscribió, el cual se realizó de forma libre y espontánea, solemnizado así la afiliación al RAIS, acto que tiene naturaleza de un verdadero contrato entre las parte, y en virtud del cual, se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como del afiliado. Resaltó que dicha manifestación estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica, Formuló como excepciones de mérito las que denominó 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y. la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF12ContestaciónDemandaProtección.pág. 3 a 26)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de julio de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS; condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados, junto con los rendimientos financieros causados, el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios

recursos; condenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondía a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos; condenó a Colpensiones a aceptar la transferencia y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por el demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas; gravó en costas a Porvenir S.A. y a Protección S.A.

La A quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-4974 del 2018, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si las administradoras pusieron en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen. En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación. En virtud de lo anterior, consideró que Porvenir S.A. y Protección S.A. no lograron demostrar que hayan informado al actor de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegaron pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de las AFP, por lo que, el cumplimiento del deber de información no se encontraba satisfecho, por lo que debían prosperar las pretensiones propuestas. En cuanto a la excepción de prescripción, sostuvo que, al tratarse de un derecho pensional, el mismo no se veía afectado por este fenómeno. (Expediente electrónico, Archivo 21 y 22)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación parcial y únicamente contra el numeral tercero, indicando que la indexación resulta improcedente en la medida que por mandato legal las AFP tienen la obligación de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual y en el caso en particular, mientras estuvo afiliado, siempre se generó una rentabilidad superior a la mínima establecida por la ley conforme a la documental aportada al expediente, por lo que este fenómeno inflacionario, nunca afectó sus aportes obrantes en su cuenta de ahorro individual.

5.2. Colpensiones. Sostuvo que la juzgadora pasó por alto que, según la normatividad aplicable para la fecha del traslado, esto es la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 del 1994 y el Decreto 663 del 1993, el traslado de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, por lo tanto, no es razonable, ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente. Señala que la decisión adoptada pone en riesgo el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política; a su vez, refiere que el afiliado se encuentra en una prohibición legal descrita en el artículo 02 de la Ley 797 de 2003, y por ello no puede trasladarse de régimen pensional debido a que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. Alegó que las demandados no pudieron acreditar que el actor haya recibido una asesoría clara idónea y oportuna, indicó que, las AFPs son quien tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al

cambio de régimen pensional en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo, que debían cumplirlas administradoras de fondos de pensiones al momento de traslados del régimen pensional.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo, en ese sentido, arguyo que, la demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación.

6.3. Colpensiones. En el escrito de alegatos de conclusión argumento que, ha actuado apegada a las disposiciones normativas y reglamentarias que dirigen su actuación y el de las Entidades Públicas, en especial las que dirigen el sistema general de seguridad social; dando fiel cumplimiento a los cánones constitucionales, especialmente lo referente al artículo 83 de la Constitución Política. Por otro lado, indicó que, el actor al momento de la solicitud del retorno al RPMPD, se encontraba en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de la primera de ellas en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?.

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de

septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor CARLOS ALBERTO GIRALDO ESCOBAR se afilió al ISS hoy Colpensiones a partir del 23 de noviembre de 1992 hasta el 31 de julio de 1994 (Expediente electrónico, Carpeta 11.1ExpAdministrativo, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2417-20221130023922) ; el mes 01 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS por medio de la afiliación a la AFP Invertir Futuro Pensiones hoy Porvenir S.A. vinculación que se mantuvo hasta el 31 de agosto de 1995 (Expedienté electronio, PDF10Contentaciondemandaporvenir, Pág. 72 a 75); posteriormente el día 1 de septiembre de 1995 se trasladó a ING hoy Protección S.A., (Expediente electrónico, PDF12Contestaciondemenadaproteccion, Pág.60-62) hasta la fecha.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el afiliado, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
---------------------	---	---

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, agosto de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de

información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaban en la obligación de proporcionar al promotor de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el convocante a juicio está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la

convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Porvenir S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial en el mes de abril de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del acor es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP codemandadas los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por

Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y demás conceptos enunciados precedentemente, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A. a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

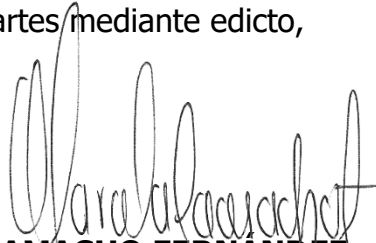
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de julio del 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

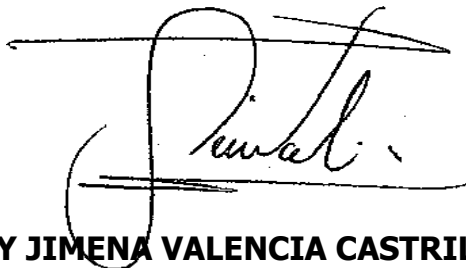
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JORGE TRIANA SOTO
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 1100131-05-012-2022-00240-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Triana Soto instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado a este fondo, por no habersele proporcionado información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse al RAIS; y en consecuencia de ello, se condene a la AFP demandada a trasladar todos los aportes y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro rubro, los que deberán ser debidamente indexados; las costas y agencias en derecho, así como condenas ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de diciembre de 1980 hasta el 01 de diciembre de 1994, cotizando allí 730,4 semanas; sostiene que el 24 de noviembre de 1994 se afilió al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., administradora en la cual se encuentra actualmente vinculado; que al momento de realizar el cambio de régimen pensional, no se le brindó una asesoría veraz, transparente y completa sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas del RAIS; que el 13 de octubre del 2021 presentó derecho de petición ante Porvenir S.A con el fin de solicitar información sobre la asesoría; el día 10 de noviembre de 2021 se recibe oficio en el que Porvenir da respuesta a la petición en la que se adjunta formulario de afiliación, historia laboral, consulta en el SIAF y resumen de la cuenta de ahorro individual; el día 05 de noviembre de 2021 se radicó reclamación administrativa ante Colpensiones, resolviendo de forma desfavorable la petición presentada. (Expediente electrónico, PDF01Demandaanexos, Pág. 5 a 28)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF08notificacionagencia, pág. 2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias de la demanda argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que cuenta efectivamente que al

demandante se le hubiese hecho incurrir en error debido a la falta de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante, y que al contrario se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria sin que se dejara observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente informa que en el presente caso, el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 del 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo; que la Sentencia C789-02 resalta que el trabajador puede escoger libremente entre cualquiera de los dos regímenes el que estime más conveniente. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada genérica. (Expediente electrónico, PDF07contestacioncolpensiones.

Pág. 2 a 15)

3.2 Porvenir S.A.: La llamada a juicio respondió la demanda oponiéndose a las pretensiones y para ello señaló que siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las implicaciones de su traslado y las reales circunstancias de su afiliación, por lo tanto, la parte actora se vinculó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. También manifiesta que no es posible declarar que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPMPM, por cuanto realizaron aportes de manera voluntaria y continua por más de 29 años, sin mostrar ninguna inconformidad, y solo después de presentar una solicitud que le ha sido negada, alega una supuesta nulidad de la decisión que tomó en el año 1994, por lo cual no existe vicios en el consentimiento que puedan probar la nulidad que afirma la parte demandante que se ha presentado en el traslado al régimen de ahorro individual. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas. (Expediente electrónico, PDF06 Contestaciónporvenir pág. 2-41)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de junio del 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS administrada por Porvenir S.A. realizado el 24 de noviembre de 1994; declaró válidamente vinculado al actor al RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la destinación de la pensión de vejez y gastos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y los demás rubros que posea el demandante en el RAIS y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral; gravó en costas a las demandadas.

El quo fundamentó su decisión en que se encontraba acreditado que el accionante nació el 26 de octubre de 1955, que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 30 de diciembre de 1980 hasta el 30 de diciembre de 1994 y que a partir del 24 de noviembre de 1994 se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir S.A. en donde se encuentra actualmente vinculado.

De igual forma, sostuvo que la consecuencia jurídica de la falta del deber de información es la ineficacia o exclusión de los efectos jurídicos del traslado del régimen y no el de la

nulidad. Por lo tanto, señaló que conforme la normatividad y jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, han establecido que cuando se trata de los traslados en los regímenes pensionales, son las entidades las encargadas de garantizar a sus afiliados una decisión libre y voluntaria, que les permita elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado la que mejor se ajuste a sus intereses, esto es que se les describan las características, condiciones e implicación del cambio de regímenes pensionales, señalando las ventajas y desventajas en forma objetiva de cada uno de ellos, ejercicio que debe ser riguroso pues de él dependen importantes intereses sociales, como es la protección de la vejez, la invalidez y la muerte. Que luego de valorar las pruebas oportunamente allegadas, no se logró acreditar por parte de Porvenir S.A., teniendo la carga de la prueba, que al actor se le haya brindado una información completa, veraz y oportuna, pues el único medio de convicción en que se soporta la defensa de esta AFP, fue el formulario de afiliación, el cual, si bien, se encuentra firmado por el afiliado y en el cual se consigna que la afiliación se hace libre y voluntaria, que esta no es suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información y mucho menos que el traslado haya estado precedido de una debida asesoría, concluyendo así que el afiliado no contó con consentimiento libre y voluntario al momento de su traslado. Por lo anterior, declaró como asegurador para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones desde el 1 de diciembre de 1980 hasta la actualidad, como si nunca se hubiese trasladado y que siempre permaneció en el RPM. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez que es de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por parte de Colpensiones, quien argumentó que, se pasó por alto que para la fecha del traslado la normatividad del momento aplicable era la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal B, el Decreto 692 de 1994 y Decreto 663 de 1993, en donde se establece que la aceptación era espontánea, libre y expresa, y que para efectos del traslado de un afiliado se demostraba mediante la firma en el formulario de afiliación. Por lo tanto, se debe valorar bajo la normatividad vigente al momento de la afiliación y no con la Ley 1748 del 2014 el cual establece la doble asesoría.

También señala que, se atenta contra el debido proceso de Colpensiones que sin haber estado él en trámite del traslado es quien debe aportar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes, y las consecuencias que se deriven de la celebración de dicho acto jurídico sólo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo tanto, la entidad no podría ser favorecida y mucho menos perjudicada como sería el caso con esta decisión. También argumentó que Colpensiones resulta lesionada en cuanto al principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la carta constitucional. Resaltó que el demandante se encuentra actualmente en la prohibición de que trata el artículo 02 de la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, como quiera que se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho a recibir la pensión de vejez.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. Alegó en su favor que, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, de acuerdo a la documental que reposa en la presente causa y al debate probatorio acaecido, no logró demostrar la información suministrada al momento de su afiliación el mes de noviembre de 1994, fue suficiente, amplia y oportuna frente a las características diferencias, beneficios, condiciones y riesgos que acarrearba su traslado de régimen pensional. En ese sentido, dijo que, es evidente que la Sociedad

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A no pudo probar la información que le fue suministrada al actor al momento de su afiliación.

6.2. AFP Porvenir S.A. Argumentó que el formulario de afiliación suscrito por el actor, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo, en ese sentido, arguyo que, la demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv); ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del promotor de la acción?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?.

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Jorge Triana Soto se afilió al ISS, hoy Colpensiones, comenzando a cotizar desde el 1 de diciembre de 1980 hasta el 30 de diciembre de 1994 según historia laboral de Colpensiones (Expediente electrónico, PDF 11HistorialaboralColpenciones, pág. 2 a 6); que el 24 de noviembre de 1994 solicitó el traslado al RAIS a la AFP Porvenir S.A., comenzando a cotizar desde

diciembre de 1994 (Expediente electrónico, PDF06Contestaciónporvenir. pág. 84 a 88 y 96 a 120) hasta la actualidad.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el convocante a juicio, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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	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

	laborales y autonomía personal	
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.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 24 de noviembre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al promotor de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivocan las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de

prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a las AFP Porvenir S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Aunado a ello, se ordenará que los mismos sean devueltos debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los

predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y demás conceptos antes enunciados, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

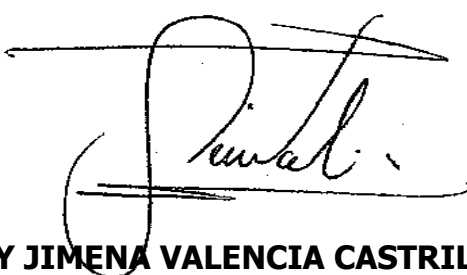
PRIMERO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia proferida el 29 de junio de 2023, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **JORGE TRIANA SOTO**, ordenando que dicho concepto se devuelva debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a cargo de Colpensiones a favor del demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

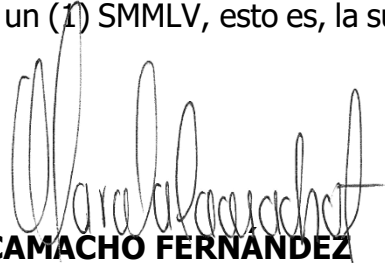

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: OLGA LUCÍA RINCÓN TORRES
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 11001-31-05-027-2022-00165-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Olga Lucía Rincón Torres instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado a este fondo, por no habersele proporcionado información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse al RAIS; consecuencia de ello, se condene a la AFP demandada a trasladar los aportes rendimientos y semanas cotizados en el RAIS; las costas y agencias en derecho, condenas ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 13 de marzo de 1987; sostiene que en febrero de 1997 se afilió al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada; que al momento de realizar el cambio de régimen pensional, no se le brindó una asesoría veraz, transparente y completa sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas del RAIS; que el asesor de Porvenir S.A no conoció la situación pensional real de la accionante, no le informó ningún aspecto general ni propio respecto de su afiliación y futuro pensional en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, y que el día 13 de enero de 2022 se radicó reclamación administrativa ante Colpensiones. (Expediente electrónico,

PDF01Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. No fue realizada la notificación a esta entidad, conforme se advirtió en auto del 23 de agosto de 2023, pese a que se advirtió la existencia de una causal de nulidad en los términos del artículo 137 del C.G.P., ninguna de las partes efectuó pronunciamiento al respecto.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias de la demanda argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que cuenta efectivamente que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error debido a la falta de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación

alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante, y que al contrario se observa en las documentales que se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria sin que se dejara observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente informa que en el presente caso, el accionante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 del 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo; que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 la demandante tenía 25 años, por ende no contaba ni con la edad ni con los 15 años de cotización, razón por la cual no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley ya mencionada, por lo que no contaba con ninguna expectativa legítima, ni derecho adquirido en el régimen de prima media, razón por la cual no es recibo que pretenda regresar al RPMPD, así mismo la demandante no hizo uso del derecho de retracto, por el contrario ha estado más de 26 años afiliada al RAIS lo cual trae como consecuencia que deba asumir tal decisión que no es otra que registrarse por este régimen, así que no es procedente alegar que fue engañada no por el hecho de observar sus expectativas fallidas, en consecuencia este traslado goza de total validez. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF08contestacioncolpensiones. Pág. 1 a 44)

3.2. Porvenir S.A.: Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones, bajo el argumento que la vinculación efectuada a la Invertir S.A. hoy Porvenir S.A., el 05 de noviembre de 1994, fue producto de una decisión libre e informada, luego que la parte actora recibiera información de manera, clara precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del RAIS, sostiene que también se le mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación N°035683, del 05 de noviembre de 1994, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículos 243 y 244 del C.G.P. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica. (Expediente electrónico, PDF06Contestaciónporvenir pag. 1 a 34)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de julio de 2023, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales; gravó en costas a Porvenir S.A.

La A quo fundamentó su decisión, señalando para ello que conforme lo sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, entre otras sentencias la de radicado 31989 del 2008, 33083 del 2011, SL 12136 del 2014, SL 19447 del 2017, SL 1452 del 2019, SL 1421 del 2019, SL 1688 del 2019, SL 4911 del 2019 y la SL 1467 del 2021, la AFP no cumplió con el deber de brindar la correcta asesoría al momento de hacer el traslado de régimen, carga de la prueba que corresponde a esta y no a la demandante; que no obra prueba de que la administradora de pensiones haya brindado información correcta ya que la única prueba que se aporta es el formulario de afiliación y con este no

se acredita el deber de información; que no es necesario pertenecer al régimen de transición o ya tener un derecho pensional consolidado para acceder a un cambio de régimen; que los traslados horizontales no ratifica la decisión del cambio de régimen ni convalida la falta al deber de información. Finalmente, adujo que la ineficacia del traslado es imprescriptible al estar ligado al derecho pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por parte de **Colpensiones**, quien argumentó que el traslado de régimen de la afiliada fue espontánea, libre y expresa, y de ello da cuenta el formulario de afiliación, el cual debe ser valorado bajo la normatividad vigente al momento de la afiliación. Adicional a ello, no se encuentra acredita por la parte interesada que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo; por lo que la afiliación se encuentra sujeta a derecho, dado que la misma se realizó de manera libre y voluntaria sin que se dejara observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, por tanto, era el accionante quien debía demostrar que la existencia de los vicios que originan la nulidad, por lo que no le asiste derecho a que se ordene su retorno al RPMPD.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. Alegó en su favor que, las altas cortes, en especial la Corte Suprema de Justicia, hace referencia a cuando procede a declarar la ineficacia del traslado, toda vez que, los fondos privados de pensiones justifican la permanencia del actor desde su afiliación inicial, así como algunas gestiones realizadas, tales como la solicitud de información de saldos, actualización de datos, asignación de claves, entre otros, e incluso el cambio entre los fondos privados, se constituyen en claros actos de la voluntad para pertenecer al RAIS; por otro lado, señaló que, resulta improcedente no condenar en costas, por cuanto a pesar de no constarle ninguna de las situaciones del traslado ni tener elementos probatorios sí propone excepciones de mérito, formulando hechos para sustentar la contestación de la demanda, sí practicaron la prueba de interrogatorio de parte buscando la confesión de la afiliada, que de haberse dado hubiere llevado a la absolución de las pretensiones de la demanda, sí propone alegatos de conclusión y seguramente, sí propondrá recurso de apelación.

6.2. AFP Porvenir S.A. Sostuvo que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo, en ese sentido, arguyo que, la demandante, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿la AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales, porcentaje destinado fondo de garantía y pensión mínima y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v); y ¿la acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Olga Lucía Rincon Torres se afilió al ISS, hoy Colpensiones, comenzando a cotizar desde el 13 de marzo de 1987 hasta el 30 de octubre de 1994 según historia laboral de Colpensiones (Expediente electrónico, PDF08ContestacionColpensiones, pág. 67 a 70); que el 05 de noviembre de 1994 solicitó el traslado al RAIS a la AFP Invertir S.A. hoy Porvenir S.A., comenzando a cotizar desde el 1 de diciembre de 1994 hasta la actualidad. (Expediente electrónico, PDF06Contestaciónporvenir. pág. 81)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la promotora de la contienda, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Invertir hoy Porvenir S.A., esto es, el 1 de diciembre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a*

conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere.”(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la convocante a juicio una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la precursora de la litis está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la accionante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega

brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la precursora de la litis es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y demás conceptos enunciados precedentemente, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

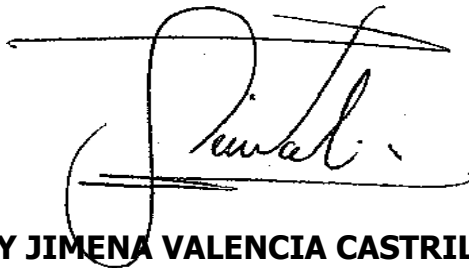
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de julio del 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



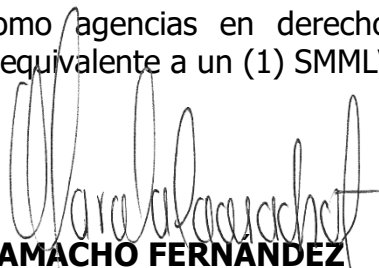
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARMENZA FORERO BARRERA
Demandados: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Litis consorcio necesario: PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-007-2021-00198-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carmenza Forero Barrera instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFPs Colfondos S.A. con el fin de que se autorice el traslado de la demandante del RAIS al cual se encuentra afiliada actualmente con la AFP Colfondos a Colpensiones, para que sea esta entidad quién le reconozca la Pensión de Vejez en mejores condiciones como en derecho corresponde; que Colfondos, apruebe y ordene el traslado del RAIS al RPMPD en Colpensiones; que como resultado de la petición anterior, de forma inmediata Colfondos, proceda a trasladar el bono Pensional, con sus respectivos rendimientos financieros a Colpensiones.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante se afilió al Sistema General de Pensiones con el RPMPD el 10 de marzo de 1988 hasta el 11 de abril de 1988, cotizando un total de 4.71 semanas con el ISS, hoy Colpensiones; que el 22 de agosto de 1995 se trasladó al RAIS mediante la afiliación a Protección S.A.; que esta afiliación aparentemente libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo de pensiones; posteriormente se traslada a Colmena S.A y finalmente a Colfondos, en el que se encuentra actualmente; que el 10 de diciembre del 2020, el demandante elevó derecho de petición en las entidades demandadas (Colpensiones y Colfondos S.A.) con el fin de que se anulara el traslado de régimen pensional. (Expediente electrónico, PDF01demanda, Pág. 01 a 02)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF12 notificaciónAgencia, pág. 1); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta, la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en

error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); así mismo, que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la Demandante; igualmente, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual reza, "Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez". Como excepciones de mérito propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF17ContestacionDemandaColpensiones, Pág.20-37)

3.2 Colfondos S.A.: La llamada a juicio respondió la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones de la demanda. La AFP presentó oposición frente a las pretensiones de la demanda argumentando que al momento de la vinculación de la demandante a la AFP se le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional y entre AFPs, en esta asesoría se le pusieron de presente las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, la rentabilidad que produce los aportes en dicho régimen; además, que cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el Artículo 1750 del Código Civil; que la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica. Como excepciones de fondo presentó las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, 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 pensión es obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Expediente electrónico, PDF16ContestaciondemandaColfondos, Pág 2 a 14)

4. Trámite procesal. En proveído del 29 de abril de 2022, se dispuso a integrar como litis consorte necesaria a Protección S.A. (Expediente electrónico, PDF 25ActaAudenciaArt77CPL-Vincula.pdf); quien presentó escrito de contestación así:

4.1. Protección S.A. Se opuso a todas las pretensiones, para ello ha argumentado que la afiliación de la demandante a la AFP Protección es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, a través de la firma del formulario de vinculación que cumple todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que no existe razón para que la AFP traslade a la trabajadora al RPM, ya que no existió vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la configuración de este acto jurídico. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como 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, la innominada o genérica, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad

y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos. (Expediente electrónico, PDF29ContestacionDemandaProteccion – pág. 4-17)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de julio del 2023, en la que el fallador de primera instancia, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante con la AFP Colfondos el 18 de julio de 1996, con la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 24 de noviembre de 1997, y con la AFP Colfondos el 1 de abril de 2000; ordenó a Protección y Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta del RAIS de la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado; ordenó a Protección y Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; Ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD a la demandante desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones; Condenó en costas a las demandadas por la suma de 2 SMMLV.

El *a quo* fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-4974 del 2018, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, el *a quo* consideró que Colfondos S.A. y Protección S.A. no lograron demostrar que hayan informado a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de las AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución por parte de Colfondos S.A. y Protección S.A. de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo además gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1 Colpensiones: Interpuso recurso de apelación argumentando que la decisión se fundamentó en la falta del deber de información que deberían brindarlas AFP al momento de las de la suscripción del formulario, pasando por alto que para la fecha de la normativa aplicable era la Ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse del régimen, señalando, la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo que en este asunto se dio a plenitud, según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por la demandante, en ese sentido, indicó que para la fecha de la suscripción y firma del formulario no existía la Ley

1748 del 2014 ni el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados. Así las cosas, argumentó que, el análisis de la información suministrada por la AFP, el alcance de la asesoría que brindara al momento de la afiliación, deben ser valorados bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario de la materialización del traslado. Por otro lado, señaló que, no es razonable ni jurídicamente válido imponerlas a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, ya que, tal exigencia en virtud al principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, el juzgamiento de la conducta de los fondos; recordó que, los actos jurídicos en principio tienen efectos interpartes y las consecuencias que se deriven de la celebración de este acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo que la entidad a la que represento no pueden de ninguna manera ser perjudicada en el contrato que se celebró entre el demandante y la AFP; a su vez, la declaratoria de ineficacia crea una grave descapitalización del sistema pensional, afectando de esta forma a los demás afiliados del RPMPD; finalmente, sostuvo que, la condena en costas es inconstitucional, toda vez que, Colpensiones no participó directamente en el acto que desencadena la demanda. (Expediente electrónico - 46AudenciaFalloConcentrado)

6.2 Colfondos S.A: Interpuso recurso de apelación respecto a la declaratoria ineficacia y a los conceptos que debe devolver, argumentando que, no es posible que se orden la indexación de los rendimientos causados fueron superiores a los que se hubiera podido generar en Colpensiones, siendo así, la excesiva imposición de la indexación ordenada, pues el traslado de todos los rendimientos compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos. Así las cosas, resulta incompatible ordenar su indexación, pues los recursos de la afiliada nunca se vieron afectados por la inflación, contrario a ello, generaron rendimientos financieros. (Expediente electrónico - 46AudenciaFalloConcentrado)

7. Alegatos de conclusión. La demandante alegó en su favor que, si bien, no cumple con los requisitos para el traslado según la norma, lo probado es que, no se le brindó la asesoría veraz y completa de los supuestos beneficios. Además de ellos, arguyó que, se violaron sus principios y derechos fundamentales al principio de favorabilidad, el derecho a la igualdad, a la vida digna y el derecho de la persona y protección de la familia, a la libertad e igualdad ante la ley, a la vida digna y la buena fe, al afiliarse a un Fondo Privado sin conocer la afectación que sufrirían sus ingresos pensionales por dicha acción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Colfondos S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada hubiera omitido su deber de

información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Carmenza Forero Barrera, se afilió al ISS hoy Colpensiones el 10 de marzo de 1988 con cotizaciones hasta el 11 de abril de 1988 (Expediente electrónico, PDF19HistorialaboraldelDemandante, Pág. 1); que se trasladó al RAIS por medio de la afiliación a la AFP Colfondos S.A. el 18 de julio de 1996, iniciando cotizaciones a partir del 01 de septiembre de 1996, hasta el 31 de diciembre de 1997 (Expediente electrónico, PDF16ContestacióndemandaColfondos, Pág 88-104) ; que se afilió a la AFP Colmena S.A. hoy AFP Protección S.A. el 24 de noviembre de 1997, iniciando cotizaciones el 01 de enero del 1998 hasta el 31 de marzo de 2000 (Expediente electrónico, PDF29contestaciondemandaProtección, Pág 26-28); que se afilió a Colfondos S.A. el 19 de mayo de 2000, comenzando a cotizar desde el día 01 de julio de 2000 hasta la fecha.(Expediente electrónico, PDF16ContestacióndemandaColfondos, Pág 88-104).

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 11 de abril de 1988, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1º de abril de 1994, no obstante, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliado al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Colfondos S.A. que tuvo ocurrencia el 18 de julio de 1996, conforme pasa a exponerse.

La Sala no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1º de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con

prestación definida, entre otros *"los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están"*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1º de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 10 de marzo de 1988, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas" (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1º de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

"Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado." (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1º de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 10 de marzo de 1988 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 18 de julio de 1996 a la Colfondos S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia."

(...)
*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida***”.

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Colfondos S.A., esto es, el 18 de julio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones,

que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del

RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 18 de julio de 1996, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus**

propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"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".

(...) 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"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Colfondos S.A. y Protección S.A (durante el tiempo de permanencia de la actora en las AFPs), con destino a Colpensiones, debidamente indexados (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Colfondos S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

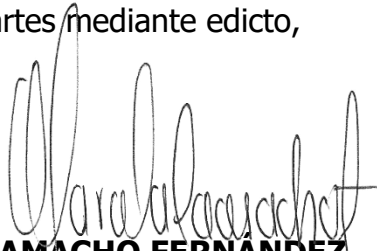
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de julio del 2023, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

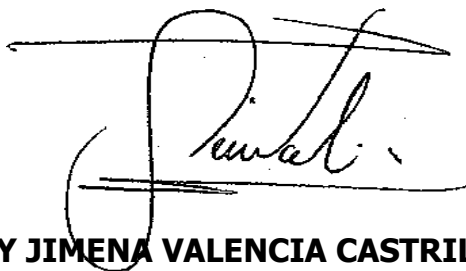
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

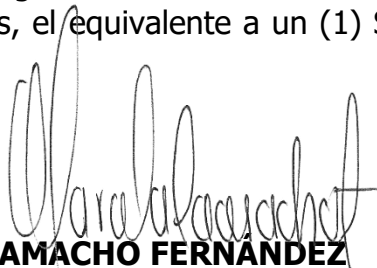


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colfondos S.A y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CAROL NATALIA CASTAÑEDA
Demandada: JAZZPLAT COLOMBIA S.A.S.
Radicación: 110013105-016-2022-00041-01
Tema: ILEGALIDAD PROCESO DISCIPLINARIO – CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carol Natalia Castañeda, instauró demanda ordinaria contra Jazzplat Colombia S.A.S., con el propósito que se declare la ilegalidad del proceso disciplinario adelantado en su contra el pasado 24 de enero de 2022, debido a la omisión integral del artículo 115 del CST, en consecuencia, se ordene a la demandada a retrotraer todos los actos procesales rendidos al interior de este proceso disciplinario y se disponga el pago de \$47.290.000 a título de indemnización por los perjuicios morales a cargo de la demandada y de Laura Sofía Forero Godoy, condena en costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 1 de febrero de 2017 celebró un contrato de trabajo a término indefinido con Jazzplat Colombia S.A.S., ejerció el cargo de agente y devengó un salario mínimo legal; refiere que el 17 de febrero de 2017 acudió al área de psicología de la Clínica Nuestra Señora de la Paz, con el propósito de continuar con su tratamiento neuropsicológico, el 22 de mayo de 2017 acude nuevamente a esta entidad, siendo diagnosticada con "Trastorno depresivo recurrente. (Código C.I.E. 10: F332). Episodio depresivo grave presente sin síntomas psicóticos. (Código C.I.E. 10: F332). Trastorno afectivo bipolar, episodio depresivo grave presente sin síntomas psicóticos. (Código C.I.E. 10: F314)", como consecuencia de ello, tuvo que ser hospitalizada entre el 22 al 27 de mayo de 2017, adicionalmente, a partir del 30 de mayo de 2017, se le concedió una incapacidad de 30 días; los días 1 de agosto de 2017, 14 de febrero de 2018 acude nuevamente a urgencias, siendo hospitalizada hasta el 21 de febrero de la misma anualidad; durante el periodo comprendido entre el 22 de febrero hasta 17 de octubre de 2018, el médico tratante ordena un periodo de incapacidad consecutivo a título de tratamiento paliativo; el 17 de octubre de 2018 nuevamente acude a urgencias; el 15 de febrero de 2019 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Compañía de Seguros Bolívar S.A. le notifican dictamen de determinación de origen y pérdida de capacidad laboral de primera oportunidad, en donde se estableció: P.C.L.: de 46.39%, origen: enfermedad común y fecha de estructuración: 07/12/2018, decisión frente a la que fue interpuesto recurso de reposición y en subsidio el de apelación; la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cundinamarca y Bogotá D.C., a través de dictamen pericial No. 20928036-810, resolvió recurso de apelación, en donde se determinó P.C.L.: 47.29%, origen: enfermedad común y fecha de estructuración: 19/09/2021; la Junta Nacional de Calificación de Invalidez confirmó el dictamen No. 20928036 – 810, y que le fueron

concedidos entre el 1 de noviembre de 2019 hasta 31 de diciembre de 2021, 750 días de incapacidad.

De otro lado, sostuvo que Jazzplat Colombia S.A.S. el 24 de enero de 2022, le remitió correo electrónico con referencia: "1ERA CITACIÓN A DILIGENCIA DE DESCARGOS", dando apertura a un proceso disciplinario en su contra; teniendo en cuenta lo anterior, le solicitó a la empresa: "*Traslado formal del acta y/o documento de carácter decisorio por medio del cual aperturan un proceso disciplinario en su contra. Traslado de los medios de prueba con los cuales sustenta la apertura de un proceso disciplinario en su contra. Relación de los aspectos de hecho y de derecho por medio de las cuales sustenta la apertura de un proceso disciplinario en su contra. Documento por medio del cual apertura una queja por acoso laboral interpuesta por ella mismo(sic)*", petición frente a la cual se guardó silencio, tampoco fueron tenidos en cuenta los periodos de incapacidad ordenados por el médico tratante, se omitió la queja por acoso laboral el 24 de enero de 2022, no fue realizado el traslado del estudio de puesto de trabajo ni de las recomendaciones de medicina laboral, no se le comunicó que cuenta con la posibilidad de consultar o buscar asesoría frente a los cargos que se le imputan, y tampoco se le indicaron las razones de hecho y de derecho que sustentan el proceso disciplinario adelantado (Expediente electrónico, PDF 04SubsanacionDemanda).

2. Contestaciones. Al contestar la demanda la Jazzplat Colombia S.A.S., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que, respecto del proceso disciplinario del 24 de enero de 2022, le fue remitido al demandante citación a diligencia de descargos, tendiente a garantizar su derecho constitucional al debido proceso y a la defensa, por el presunto incumplimiento a sus obligaciones contractuales, en la medida que se evidenciaron unas presuntas ausencias injustificadas. En la citación remitida a la demandante se le informó: la notificación de la apertura del proceso disciplinario, los hechos o conductas que motivaron el inicio del proceso disciplinario, los presuntos incumplimientos o faltas a los deberes/obligaciones de la ex trabajadora, los cuales estaban preestablecidos en la Ley o en el reglamento interno de trabajo, las pruebas que fundamentaron los cargos formulados, un término para que la ex trabajadora formulara sus descargos, controvirtiera las pruebas y entregara aquellas que sustentaran sus descargos, adicional a ello, se le informó que podía estar acompañada a la diligencia de descargos por dos compañeros de trabajo, lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia C- 593 de 2014. También arguyó que el proceso disciplinario fue cerrado una vez la demandante allegó copia de las incapacidades médicas que justificaban su inasistencia, sin que hubiese imposición de sanción alguna, determinación que fue comunicada el 25 de enero de 2022, resultando infundada la reclamación de declarar la ilegalidad del proceso disciplinario, bajo el entendido que se garantizaron los derechos al debido proceso y defensa de la ex trabajadora. Por último, refirió que el 01 de marzo de 2022 terminó el contrato de trabajo por la renuncia pura y simple presentada por la demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos de la demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y genérica (Expediente electrónico, PDF 08ContestacionJazzPlatt).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de septiembre de 2023 en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y gravó en costas a la accionante (Expediente electrónico, archivos 14 y 15).

Para arribar a esta decisión, indicó que no se había admitió demanda en contra de la señora Laura Sofía Forero Godoy y por ello, no había lugar aplicar la confesión ficta o presunta, ni impartir condena en contra de esta persona natural, más aún cuando en el

curso del proceso ninguna referencia hizo la parte demandante frente a este hecho. De otro lado, manifestó que no existía ninguna controversia frente a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido pactado entre las partes, el que se mantuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2017 y el 01 de marzo de 2022; referenció que tampoco fue objeto de discusión que la sociedad demandada inició trámite para citación a descargos a la accionante para el 25 de enero de 2022, sin embargo, el mismo fue cerrado debido a que la trabajadora justificó las inasistencias a trabajar, sin que fuera impuesta sanción alguna en contra de ella.

Frente al trámite disciplinario, refirió que conforme lo dispuesto en la sentencia C-593 de 2014 de la Corte constitucional y lo consagrado en el artículo 115 del CST, al trabajador se le debe respetar el derecho al debido proceso, poniéndole de presente los cargos que se le imputan, las pruebas que existen en su contra, se le debe conceder la oportunidad de aportar pruebas y controvertirlas, a ser escuchado, controvertir la decisión adoptada, las que se echan de menos por la parte actora; no obstante, considero el juzgador que, en correo electrónico remitido al demandante de fecha 24 de enero de 2022, se le indicó que se le citaba a diligencia de cargos y descargos tendiente a garantizar el derecho constitucional de debido proceso y defensa por el presunto incumplimiento de los deberes y obligaciones, dado que en auditoria se reflejó un abandono de cargo desde el 2 de enero de 2022, adicional a ello, se le hizo saber que se habían presentado ausencias injustificadas para los días 1, 18, 19, 23, 24 de octubre, 11, 12, 16, 20, 24 a 27 de diciembre de 2021 y 14 a 22 enero de 2022, lo que en concepto de la empresa constituían falta grave en los términos del artículo 71 del Reglamento Interno de Trabajo de la compañía, comunicación que fue recibida por la accionante, conforme lo confesado por ella en la demanda y en el interrogatorio de parte absuelto, al punto se haber sido señalado que en virtud de esta comunicación, le fueron solicitadas unas pruebas documentales.

Refirió también que, conforme lo aceptado por la demandante en el interrogatorio de parte, así como las declaraciones de Jasbleidy Mancera Guarín (abogada encargada de adelantar el proceso disciplinario) y Angie Paola Angulo Flores, el proceso disciplinario había sido cerrado en vista que habían sido presentadas incapacidades médicas, por lo que no se había impuesto sanción alguna.

Encontró acreditado también que, de acuerdo con correo electrónico enviado a la demandante el 25 de enero de 2022, la empresa le comunicó sobre la cancelación del proceso disciplinario adelantado en su contra, adicional a ello, consideró que este hecho fue declarado objeto de confesión ficta o presunta, en la medida que la demandante al momento de absolver interrogatorio de parte, frente a este tema dio respuestas evasivas.

De acuerdo con lo anterior, concluyó que no se encontraba transgredido lo dispuesto en el artículo 115 del CST, ni tampoco la sentencia C-593 de 2014, pues la citación a descargos fue debidamente comunicada y se le hizo saber las causas que dieron origen a la citación, adicionalmente, dicho trámite fue cerrado sin que se hubiese impuesto algún tipo de sanción, por lo que dentro del proceso la parte actora no logró demostrar la presunta ilegalidad o acto inconstitucional de la actuación disciplinaria, sumado a que tampoco se logró acreditar un daño un actuar que se encontró ajustado a derecho.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación, para ello sostuvo que conforme la sentencia C - 593 de 2014 de la Corte constitucional, el juzgador no tuvo en cuenta la presunción de inocencia, pues la empresa le indicó a la demandante antes del adelantamiento del proceso disciplinario que se habían reportado varios periodos de incapacidad, contrariando de esta forma lo dispuesto en el artículo 55 del CST, que refiere a que los contratos de trabajo

deben ser ejecutados de buena fe, siendo que en el fallo apelado no se establecen las razones de hecho ni de derecho por las cuales se considera que este principio no le es aplicable a la señora Carol Natalia Castañeda.

Señala que existió omisión en la valoración de los medios de prueba denominado “acción constitucional de tutela de Carolina Castañeda” y “acta de reparto de acción constitucional de tutela de Carol Natalia Castañeda”, pues uno de los argumentos de hecho en los que se sustenta la confesión ficta en contra de la señora Laura Sofía Forero, es precisamente que antes del inicio del proceso disciplinario, la demandante inició varios procesos judiciales en contra de la convocada a juicio, por lo que la interposición de la acción de tutela generó el inicio del proceso disciplinario, en un acto de retaliación y desconocimiento del principio de inocencia y buena fe aplicable a las relaciones laborales

De otro lado, sostiene el recurrente que el juzgador omitió la línea jurisprudencial sobre el perjuicio moral aplicable en materia laboral establecido en la sentencia SL 4402 2021 No. de radicación 68960 del 3 de febrero de 2021, en donde se establece que en materia laboral no existe una tabla, un método de cálculo para su tasación y que se debe cumplir con la carga de la prueba en los términos del artículo 167 de la ley 1564 de 2012, por lo que los perjuicios deben estar probados con cualquiera de los medios de prueba, sin que el sentenciador indicara las razones de hecho y de derecho por las cuales omite tal línea jurisprudencial.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Demandante. En el presente proceso, allegó los alegatos de conclusión, argumentando que, el recuento jurisprudencial es omitido por el juez *a quo*, aspecto que implica que a la parte actora, le fue desconocido el principio del contexto aplicable a los perjuicios morales que reclama, adicionalmente, dentro del proceso disciplinario estos principios fueron desconocidos, pues el mismo surge con ocasión a una presunta retaliación por una queja por acoso laboral y una acción de tutela interpuesta.

5.2. Jazzplat Colombia S.A.S. Alegó en su favor que, resulta infundada la reclamación de declarar la ilegalidad del proceso disciplinario, bajo el entendido que se garantizó los derechos al debido proceso y defensa de la extrabajadora. Además, adujo que, no hubo imposición de sanción alguna, siendo comunicada dicha decisión el 25 de enero de 2022, por correo electrónico; refutó que, no se encuentra un daño frente a un actuar que se ajustó a derecho y tampoco no está probado un daño moral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66 A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Se desconoció dentro del trámite del proceso disciplinario el principio de presunción de inocencia de la trabajadora Carol Natalia Castañeda, en virtud de lo dispuesto en la sentencia C - 593 de 2014?; (ii) ¿La apertura del proceso disciplinario constituyó un acto de retaliación ante la presentación de una acción de tutela por parte de la trabajadora?; en caso afirmativo, (iii) ¿Fue irrogado perjuicio moral a la promotora de la contienda y los mismos deben ser reparados por parte de Jazzplat Colombia S.A.S.?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y modalidad, ni la labor desempeñaba; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo, la certificación laboral y desprendibles de nómina. (Expediente digital, PDF 01EscritoDemanda, págs. 51, 74, 80 a 117 y carpeta 10).

4. Proceso disciplinario. Respecto a este asunto en particular, lo primero que se debe reseñar es que no ha sido cuestionado por el recurrente, ni por la convocada a juicio que, el día 24 de enero de 2022 la sociedad Jazzplat Colombia S.A.S. apertura proceso disciplinario en contra Carol Natalia Castañeda por el presunto incumplimiento a sus obligaciones contractuales ante ausencias injustificadas en los interregnos del 01/10/2021 al 10/10/2021, del 18/10/2021 al 19/10/2021, del 23/10/2021 al 24/10/2021, del 11/12/2021 al 12/12/2021, 16/12/2021, 20/12/2021, del 24/12/2021 al 27/12/2021, del 14/01/2022 al 20/01/2022, el que culminó el 25 de enero de 2022, sin sanción alguna, por encontrarse justificadas las inasistencias dado que la trabajadora radicó las correspondientes incapacidades médicas, de ello da cuenta la trazabilidad de correos electrónicos de esas mismas calendas (Expediente digital, carpeta10, PDF 09CitacionActaDescargos y 11CorreoElectronicoCierreProcesoDisciplinario), tal y como fue declarado por el sentenciador de instancia, sin que estas consideraciones sean objeto de censura en esta oportunidad.

Dilucidado lo anterior y de cara a la sentencia invocada por el apoderado de la parte demandante, misma sobre la cual se edificó el fallo objeto de disquisición, es claro que la Corte Constitucional en proveído C-593 del 20 de agosto de 2014, determinó como elemento constitutivo de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, entre otros, el de presunción de inocencia, el cual en los términos de la censura fue objeto de quebranto por parte de la convocada a juicio, consistente en la sola acusación y citación a descargos, a pesar que previo al inicio de la actuación disciplinaria se habían reportado varios periodos de incapacidad.

Al respecto, indica la misma sentencia citada por el recurrente que, las actuaciones disciplinarias al menos deben contar con:

"La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar (...)"

Entonces, al ser ello así, el solo señalamiento efectuado en el acto de apertura de un proceso disciplinario, en lo más mínimo conlleva la trasgresión del principio de la presunción de inocencia, sino precisamente la concreción y protección del derecho al debido proceso contenido en el artículo 29 de Carta Magna, carga con la que efectivamente cumplió la llamada a juicio, pues se debe hacer notar que, en correo electrónico del 24 de enero de 2022, fue citada la trabajadora a rendir diligencia de cargos y descargos *"tendiente a garantizar su derecho constitucional al debido proceso y a la defensa, dentro del proceso disciplinario que adelanta la Compañía por el presunto incumplimiento a sus obligaciones contractuales"*, señalando para el efecto, que los hechos que generaron su apertura consistían en: *"1. Un presunto abandono de cargo, desde el día 22 de enero de 2022. 2. Presuntas ausencias injustificadas"* para los periodos referidos anteriormente, cargos que fueron retirados una vez fue acreditado por la demandante incapacidades médicas para estos interregnos, conforme se indicó con anterioridad, actuaciones que en lo más mínimo reflejan los reproches enrostrados por el recurrente.

De otro lado, ha sostenido el extremo actor que, el proceso disciplinario fue un acto de retaliación por la presentación de una acción de tutela, sobre este particular asunto, se tiene que en efecto la señora Carol Natalia Castañeda dirigió amparo constitucional en contra de Jazzplat Colombia S.A.S. y de ello da cuenta, el acta individual de reparto allegado al informativo, así como el escrito tutelar (Expediente digital, PDF 01EscritoDemanda, pág. 42 a 50); no obstante, el proceso disciplinario no puede ser entendido como una ofensiva en respuesta a la presentación de dicha acción constitucional, en la medida que esta fue radicada minutos después de ser remitida la citación a la diligencia de descargos, pues esta fue enviada el 24 de enero de 2022 a las 16 horas y 8 minutos, mientras que la tutela se radicó a las 04:32:p.m. de este mismo día.

Y, en relación con la confesión ficta de la Laura Sofía Forero, debe resaltarse que dicha manifestación no encuentra asidero jurídico alguno, en la medida que la persona a la que alude la parte demandante en su recurso de alzada, no hace parte de ningún extremo procesal, en la medida que en contra de ella no se dirigió, ni se admitió la demanda.

Conforme las anteriores elucubraciones, al igual que lo señaló el juzgador de instancia, el actuar de la sociedad Jazzplat Colombia S.A.S., no merece reproche alguno, pues se encuentra acorde con lo definido por la Corte Constitucional en la C-593 del 20 de agosto de 2014 y está desprovisto de elementos de mala fe, adicional a ello, es claro que ningún perjuicio le fue irrogado a la señora Carol Natalia Castañeda con un trámite disciplinario que no duró más de 24 horas y que terminó siendo archivado por no existir mérito alguno para su continuidad, dado que la demandante en un actuar diligente, acreditó que no se había presentado a laborar en las fechas descritas en la citación a diligencia de descargos, debido a las incapacidades médicas que le habían otorgadas por su médico tratante, sumado a lo anterior, se debe hacer notar que el trámite disciplinario culminó sin la imposición de alguna sanción.

5. Perjuicios morales. Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad general, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal entre lo primero y lo segundo; en efecto, la imputación de responsabilidad requiere de tres elementos concurrentes: el padecimiento de un daño por parte de quien reclama la indemnización; una actuación culposa o dolosa de la demandada probada en el proceso y un nexo de causalidad entre la culpa y el daño. Cada uno de estos elementos es considerado como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que debe acreditarse en cualquier reclamación de esta naturaleza.

Descendiendo al caso en concreto, enrostra la recurrente que en la sentencia objeto de censura, se desconoce la línea jurisprudencial trazada en torno al tema objeto de estudio, sin embargo, tal afirmación carece de sustento fáctico, en la medida que la negativa de este reconocimiento fue la falta de demostración del daño causado con ocasión de la actuación disciplinaria adelantada por Jazzplat Colombia S.A.S. en contra de la trabajadora, de acuerdo con ello, para la Sala es claro que las consideraciones atrás esbozadas y los medios de convicción allegados al plenario, no demuestran cosa diferente a la inexistencia del presunto daño causado, por ende, no hay lugar a reparación alguna, en tanto que no existe elemento de prueba que acredite la causación del mismo, más aún cuando, tal y como ha sido advertido, la actuación del dador del laborío fue impecable, ajustado a los postulados normativos y jurisprudenciales que rigen la materia, sumado a que, ni siquiera en los hechos del libelo genitor se mencionan cuáles fueron los presuntos daños irrogados a la trabajadora.

En ese sentido, el daño no puede ser presumido a partir de la sola manifestación de la accionante, por el contrario, debe tenerse plena certeza de que se generó, situación que a la postre no se cumplió, pues, como se dijo en precedencia, no se incorporó medio de convicción para su demostración.

Por consiguiente, al no estructurarse uno o más de los presupuestos, es decir, el actuar reprochable y el daño previamente probado, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende. En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos y fácticos para que proceda esta condena, se impone confirmar la sentencia apelada.

6. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Carol Natalia Castañeda, y a favor de la parte demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandada y a cargo de Carol Natalia Castañeda. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



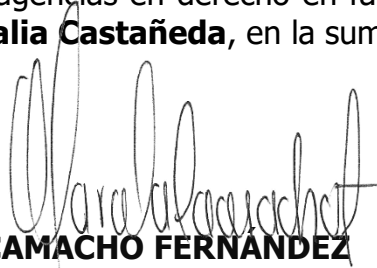
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



EDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la **Jazzplat Colombia S.A.S.** y a cargo de **Carol Natalia Castañeda**, en la suma de \$200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: STEFANIE TRIANA GUTIÉRREZ
Demandada: MULTIPROYECTOS S.A.
Radicación: 110013105-014-2020-00110-01
Tema: SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS –
CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Stefanie Triana Gutiérrez, instauró demanda ordinaria contra Multiproyectos S.A., con el propósito que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, por el lapso del 28 de julio de 2015 al 27 de abril de 2018; en consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria por la no consignación de cesantías, indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de estas pretensiones expuso que, fue vinculada a la empresa Multiproyectos S.A. a través de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 28 de julio de 2015, siendo el cargo asignado el de asistente administrativa regional Bogotá, con una asignación salarial de \$1.000.000, más auxilio de transporte; la empresa demandada la afilió al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y a la EPS Famisanar; que el 27 de abril de 2018, le comunicó a su empleadora la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo, aduciendo la falta de pago de salarios; también refiere que la empresa no cumplía con el pago oportuno y total de su seguridad social integral; presentó acción de tutela para obtener el pago de los salarios y prestaciones sociales, derechos que fueron amparados en primera instancia por el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá y confirmada por el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá; también manifestó que, la empresa le adeuda las cesantías, prima de servicios y vacaciones de 2017 y 2018, los intereses a las cesantías de los años 2016, 2017, 2018, se adeudan los salarios del 1 de octubre de 2017 al 27 de abril de 2018; indica que se le efectuó una liquidación de prestaciones sociales por un valor de \$429.713 por el periodo del 1 de febrero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, pero no con el verdadero salario pactado (Expediente electrónico, PDF

01CuadernoPrincipal, pág. 56 a 65).

2. Contestaciones. Multiproyectos S.A. dando respuesta en el momento procesal oportuno se opuso a las todas las pretensiones de la accionante, sin embargo, manifiesta que no existe discusión que entre la demandante y la empresa existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de julio de 2015 hasta el 27 de abril de 2018, aclarando que la vinculación finalizó por decisión unilateral de la trabajadora; respecto al

pago de las prestaciones sociales, señaló que empresa se encuentra en dificultades de liquidez y no ha podido pagar los devengos y prestaciones sociales que se adeudan a los ex empleados, quienes deben presentarse a la liquidación judicial para que se les reconozcan las obligaciones que pretenda cobrar. Propuso como excepciones de fondo las denominadas cobro de lo no debido, del estado de liquidación de Multiproyectos S.A. en liquidación judicial, buena fe del empleador y exoneración de la sanción moratoria deprecada, prescripción, compensación, pago y genérica (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 119 a 135).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de agosto de 2023 en la que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 28 de julio de 2015 al 27 de abril de 2018, en consecuencia, impartió condena de \$353.669 por cesantías, \$272.976 por auxilio de cesantías, \$892.216 por prima de servicios, \$1.206.945 por vacaciones, \$17.366.667 por sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, \$23.999.760 a título de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, que comprende el interregno del 28 de abril de 2018 al 28 de abril de 2020, a partir del 29 de abril de 2020 y hasta el 3 de noviembre de 2021, se deberá reconocer a la trabajadora intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, calculados sobre el valor de las condenas impuestas por concepto de prestación sociales y \$2.166.666, por concepto de indemnización por despido injusto; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y gravó en costas a la accionada.

Para arribar a la decisión, indicó que no había sido objeto de controversia la existencia de una relación laboral, sus extremos temporales y el salario, acreditándose así que entre las partes se desarrolló un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de julio de 2015 al 27 de abril de 2018, con un salario de \$1.000.000 mensuales, más un auxilio de transporte, suma que se mantuvo durante todo el vínculo; también encontró acreditado que la demandante presentó carta de renuncia motivada el 27 de abril de 2018.

Respecto a la excepción de prescripción, sostuvo que la demandada había sido presentada el 5 de marzo de 2020, por lo tanto, las acreencias laborales causadas con anterioridad a este mismo día y mes del 2017, se encontraban afectadas por este fenómeno.

En cuanto a las cesantías, indicó que, de acuerdo a la certificación expedida por Porvenir S.A. y que fuera allegada al proceso por la parte demandante, se encuentra acreditado que las causadas para el año 2017 fueron debidamente consignadas a este fondo, por tanto, al encontrarse acreditado su pago, absolvió de este pago, sin embargo, no sucede lo mismo, respecto a las causadas para el año 2018, por lo que se impuso condena por este concepto y los intereses causados para el 2017 y 2018. Frente al pago de prima de servicios, manifestó que fue demostrado el pago de esta prestación para el segundo semestre del año 2017, más no del primer semestre de esta anualidad, ni la proporción causada para el año 2018, por lo que se impartió condena por este concepto. En cuanto a las vacaciones, señala que conforme a los desprendibles de nómina aportadas reflejan pagos parciales por concepto de vacaciones, pese a ello, se impartió condene frente a los valores no reconocidos.

A su vez, señaló la sentenciadora que en el informativo fueron aportadas consignaciones por valor de \$5.292.513 y \$129.976 de fecha junio y octubre de 2019, los cuales, según el interrogatorio de parte absuelto por el liquidador de la demandada fueron para sufragar el pago de salarios ordenado dentro de la acción de tutela tramitada ante el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá, más no para el pago de las prestaciones sociales y vacaciones aquí reclamadas.

En lo concerniente a la sanción moratoria, indicó que el trámite de restructuración o liquidación de una empresa, no excluye la imposición de esta indemnización, por ello, no se encuentra que el actuar de la convocada a juicio estuviera de revestido de buena fe, pues la Superintendencia de Sociedades resolvió decretar el proceso de reorganización, sin que la empresa haya honrado los compromisos allí adquiridos entrando en cesación de pagos, por lo que lo que esta misma entidad, ordenó la liquidación judicial, siendo ello asó, no hay conductas de buena fe a la terminación del contrato de trabajo, dado que no se pagó lo adeudado y por el contrario se apegó a una situación de crisis económica que la misma empresa promovió sin que se acredite que estas se generaron por hechos externos, por ello no era dable trasladarlas al trabajador. De otro lado, limitó su reconocimiento hasta el 3 de noviembre de 2021, fecha en la que, la demandada fue acogida en el trámite de liquidación judicial y le fue designado un liquidador, dado a que este agente desplaza al empleador, sin que él pueda sufragar a su arbitrio las acreencias laborales, quedando sujeto a las reglas del concurso y proceso liquidatorio. Para su liquidación tuvo en cuenta un salario diario equivalente a \$33.333 desde el 28 de abril de 2018 al 28 de abril de 2020, para un total de \$23.999.760, a partir del 29 de abril de 2020 y hasta el 3 de noviembre de 2021 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, calculados sobre el valor de las condenas impuestas por concepto de prestación sociales.

Refirió frente a la indemnización por la no consignación de las cesantías, que las causadas para los años 2015 a 2017 fueron debidamente consignadas por el empleador de manera extemporánea, en la medida que las del año 2015 fueron consignadas el 16 de febrero de 2016, las del 2016 consignada el 17 de febrero de 2017 y las del 2017 el 23 de julio de 2019, por ello y al haber sido demostrada la mala fe de la empresa, conforme lo mismo argumentos para condenar a la sanción moratoria, se impuso una condena por valor de \$17.366.667, que corresponde a \$33.333 por 1 día de mora de las cesantías del año 2015, \$66.667 por dos día de mora en la consignación de las cesantías del año 2016 y \$16.266.667 por 518 días en mora en la consignación de las cesantías del año 2017.

En lo que hace referencia a la indemnización por despido injusto, manifestó que la demandante presentó renuncia el 27 de abril de 2018, motivada en las continuas demoras en el pago de los salarios de octubre a diciembre de 2017 y enero a abril 2018, así como vacaciones, cesantías y sus intereses, por lo tanto, la causal alegada encuadra con lo dispuesto en el artículo 62 del CST, como quiera que el empleador ha incumplido sistemático de las obligaciones contractuales y legales, por lo que resultaba evidente que la renuncia era imputable al empleador, lo que generaba un despido indirecto (Expediente electrónico, PDF 09ActadeArt80delCPTylaSS20230801H1215135).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión proferida, la parte demandada formuló recurso de apelación esgrimiendo que, no se tuvo en cuenta que existió un retardo en la consignación de las cesantías y no se valoró la existencia de la buena fe de la empleadora, debido a que esta demostrado que por dificultades económicas entró en cesación de pagos. Aunado con lo anterior, señala que las condenas impuestas son exorbitantes y agravan más la situación de la empresa.

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66 A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es,

teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al condenar la sanción por la no consignación de las cesantías del que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ante la falta de buena fe del empleador en el no pago oportuno del auxilio de cesantía?

3. Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y salario, hechos que se aceptaron en la contestación de la demanda y cuya declaración no fue recurrida por las partes.

4. Sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo. En lo atinente a la sanción moratoria por falta de depósito del auxilio de cesantía, aduce el recurrente que no existió mora en el pago de las cesantías, sino un simple retardo, además que las conductas desplegadas por el empleador estuvieron provistas de buena fe.

Frente a este reparo, cumple precisar que conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo. En relación con la citada indemnización, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL859-2021 ha explicado que, la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Bajo ese panorama, al revisar la Corporación las pruebas allegadas al plenario, advierte que no se allegó medio de persuasión en aras de demostrar un actuar justificado por parte de la convocada, para abstenerse de consignar en oportunidad legal el auxilio de cesantía al fondo donde se encuentra afiliada la promotora del proceso, no siendo suficiente con argüir, que se encontraba en cesación de pagos debido a las dificultades económicas por las que se encontraba atravesando, que generó con posterioridad la iniciación del proceso de liquidación judicial, pues es claro que tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, en tanto que, como ya lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, *"aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo."*(SL16884-2016)

De ahí que no sea factible predicar la buena fe de la sociedad demandada, como lo sugiere la recurrente, a lo que se suma que, aunque la Superintendencia de Sociedades mediante Auto No. 400-013161 del 3 de octubre de 2018, resolvió decretar la apertura del proceso de validación judicial de un acuerdo extrajudicial de reorganización de la Multiproyectos S.A. y que posteriormente el 4 de noviembre de 2021, se dispuso decretar la apertura del

proceso de liquidación judicial (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 3 a 9 y 92 a 99), lo cierto es que, que la crisis económica reflejada por la compañía data desde el 3 de octubre de 2018 y no al momento del finiquito del plazo máximo para la consignación de las cesantías causadas para los años 2015 a 2017.

De otro lado, se debe advertir que si bien, el dador del laborío consignó las cesantías causadas por la actora en el año 2015 el 16 de febrero de 2016 y las del 2016 el 17 de febrero de 2017, lo cierto es que en su momento Multiproyectos S.A., desbordó el plazo máximo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo que la hace merecedora de la sanción allí contemplada durante los días en que incurrió en mora, pues precisamente esta disposición normativa lo que sanciona es la falta de consignación de esta prestación en la fecha allí establecida.

Así las cosas, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que le asiste razón al sentenciador de primer grado al imponer su condena, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de que la conducta del empleador fue provista de buena fe al no consignar las cesantías en los plazos máximos señalados por la norma en cita.

Con todo lo anterior, no se observa el yerro atribuido a la decisión que tomó la A quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la sentencia recurrida.

5. Costas. En esta instancia a cargo de Multiproyectos S.A. y en favor de la demandante por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

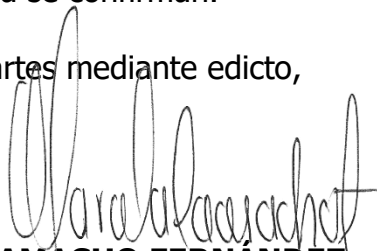
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

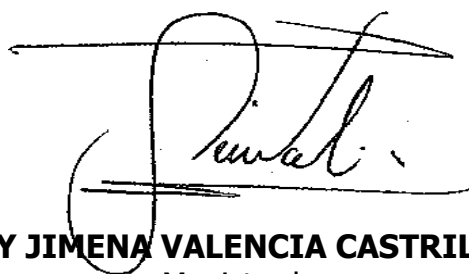
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de agosto de 2023, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Multiproyectos S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **Stefanie Triana Gutiérrez** y a cargo de la demandada **Multiproyectos S.A.** el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EPS FAMISANAR LTDA.
DEMANDADO: COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-004-2016-00533-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: REEMBOLSO PRESTACIONES ASISTENCIALES Y
ECONÓMICAS

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La sociedad EPS Famisanar Ltda. a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que Seguros Bolívar S.A. debe reconocer y pagarle todos los gastos generados por concepto de prestaciones asistenciales y económicas que fueron brindadas y pagadas a los trabajadores afiliados a la ARL Seguros Bolívar S.A., en consecuencia, se condene a la demandada. a reconocer la suma de \$8.539.090, como prestaciones económicas por concepto de accidente de trabajo, \$33.105.357 como prestaciones económicas por enfermedad laboral, \$1.549.993 por prestaciones económicas por concepto de valoraciones médicas, los intereses moratorios, indexación, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que los 137 trabajadores relacionados en el cuadro anexo sufrieron accidentes de trabajo o les fueron diagnosticadas enfermedades profesionales; que las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de los accidentes y las enfermedades profesionales fueron asumidas por la EPS Famisanar Ltda.; los 137 trabajadores estaban afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales a través de Seguros Bolívar S.A., quien a su vez, debía constituir una reserva técnica destinada a cubrir las prestaciones económicas y asistenciales de cada uno de los siniestros; fueron radicadas ante Seguros Bolívar S.A. las facturas correspondientes a los servicios de salud y prestaciones económicas prestados a los 137 trabajadores, pero fueron devueltas por parte de la ARL, con glosas como: falta de soporte de justificación, copia de la historia clínica completa, comprobante de recibo del usuario, entre otras; y que a la fecha de presentación de la demanda, la convocada a juicio no ha cancelado a la EPS Famisanar Ltda., el valor de las pretensiones asistenciales y económicas. (Expediente Digital, PDF 01ProcesoFisicoDigitalizado, pág. 4 a 12)

2. Contestación de Compañía de Seguros Bolívar S.A.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que carecen de fundamentos de hecho y de derecho, además que de la relación allegada por la demandante se observa que algunas facturas de los años 2013 al 2016 se encuentran pagadas. Igualmente, debe tenerse en cuenta las glosas allí establecidas, tales como: "debidamente cancelados, glosados por patologías de origen común, glosados por no cobertura, en proceso de

conciliación entre las compañías, diagnósticos no aceptados y en conflicto ante las Juntas de Calificación”, y “glosados por cuanto el servicio no se encuentra firmado de recibo del usuario y no se sabe si se entregó de verdad al paciente”. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de las obligaciones, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y compensación (Expediente Digital, PDF 01ProcesoFisicoDigitalizado, pág. 99 a 112).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de noviembre de 2022, mediante la cual el Juzgado condenó a SEGUROS BOLÍVAR S.A. a reconocer y pagar a favor de la EPS FAMISANAR, la suma de \$37.168.650 correspondiente a prestaciones económicas por concepto de accidentes de trabajo y enfermedad laboral, junto con los intereses moratorios desde que la obligación se hizo exigible hasta cuando se edifique el pago; negó las demás pretensiones, y condenó en costas a SEGUROS BOLÍVAR S.A.

El quo fundamentó su decisión en lo dispuesto en los artículos 6º y 7º del Decreto 2195 de 1994, artículo 24 de la Ley 1562 de 2012, de los cuales, luego de dar lectura, concluyó que, conforme a la experticia rendida se encontraba fundado el reclamo de prestaciones económicas y asistenciales por accidentes de trabajo y enfermedad laborales por valor de \$37.368.650, que corresponden a 273 servicios, respaldadas en facturas que cumplen con las exigencias de la citada normatividad y que corresponden a la identificadas con los números: 154835, 154834, 154833, 154832, 154831, 154830, 154829, 154828, 154825, 154824, 154823, 154815, 15096, 15095, 15093, 15092, 145862, 145861, 145860, 145859, 145854, 145852, 1458551, 145765, 145764, 145763, 145761, 14231, 151582, 144543, 144536, 144535, 144534, 144533, 144321, 144530, 144529, 144527, 144526, 144525, 144524, 149938, 149937, 149936, 1499935, 149934, 149835, 149034, 15122, 146867, 146864, 145924, 145989, 145981, 145978, 145858, 145855, 145853, 145757, 145755, 144869, 144528, 145517, 144515, ARL-7859, 153145, 153737, 1537137, 153135, 153734, 153732, 153731, 153730, 153729, 153304, 153704, 153703, 153702, 153584, 152673, 152661, 152645, 152633, 15951933, 151932, 151912, 1519008, 1511900, 15184, 151893, 15891, 15182, 15881, 151877, 151876, 151873, 151871, 150155, 149588, 143430, 149181, 143443, 144704, 154700, 15358152, 149730, 146345, 146338, 14445, 142888, 14393, 143125, 143126, 143127, 14398, 14399, 143130, 143131, 143132, 143133, 143135, ARL-8230, ARL-8226, ARL-8221, ARL-8220, 142230, ARL-7771-142317, 142318, 142382, 153368, 152586, 15818, 15817, 15816, 15815, 151814, 158813, 15812, 158111, 15810, 15109, 151808, 15807, 1518006, 150805, 151804, 150803, 150802, 151801, 151800, 151798, 151726, 151790, 151788, 151786, 151178, 151776, 151773, 151771, 151769, 151106, 150131, 149051, 146812, 14688, 145760, 144226, 9075, 9084, 9086, 9623, 9625, 9634, 9638, 9646, 9647, 9648, 9649, 9651, 9752, 9753, 9761, 12477, 12494, 12499, 13062, 1399, 13406, 8998, 9221, 9225, 9440, 10126, 9857, 9895, 15582, 15716, 15735, 15736, 15763, 15781, 15183, 15784, 15785, 15186, 15187, 15788, 15789, 15790, 15791, 15792, 15793, 15794, 15795, 15796, 15797, 15798, 15799, 15801, 15802, 15840, 15863, 15866, 16017, 16018, 16019, 16149, 16170, 16175, 1982, 1895, 16190, 16258, 16319, 16344, 16405, 16406, 16407, 16408, 16409, 16410, 16411, 16412, 16413 y 16414 y de las cuales no se aporta prueba alguna de su pago, por lo que impartió condena por este concepto.

Refirió que las facturas que no cumplían las condiciones exigidas en la normatividad eran 154836, 154827, 154826, 154822, 154821, 15712, 154820, 154819, 154824, 154818, 154817, 154816, 152401, 142685, 152401, 142930, 14941, 153163, 149587, 143804, 153982, 153979, 150076, 143420, 143868, 142528, 142560, 142578, 142623, 142686, 142755, 14387, 142511, 142557, 143029, 143074, 143307, 143415, 144317, 14461, 8892, 9064, 1060, 10236, 9756, 9758, 9759, 9760, 13474, 9440, 10131, 15712.

Respecto a la excepción de prescripción, indicó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1562 de 2012, el término de prescripción es 5 años, por lo que consideró que las facturas fueron presentadas en tiempo, en vista que, la demanda fue presentada el 22 de septiembre de 2016, admitida el 18 de mayo de 2018 y notificada el 14 de diciembre de 2018, por lo que con tal escrito se interrumpió el término de prescripción.

Frente a los intereses moratorios, señaló que los mismos resultaban procedentes y debían liquidarse sobre la suma de \$37.368.650, desde la fecha en que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se verifique su pago; negó la condena por concepto de indexación en la medida que se reconocieron los intereses moratorios (Expediente Digital, archivos 26 y 27).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada **Compañía de Seguros Bolívar S.A.** formuló recurso de apelación, argumentando que no se encuentre de acuerdo con la condena, en la medida que el Juez se limitó a verificar únicamente el reporte del dictamen pericial aportado por Famisanar, siendo que hay algunas facturas que ya fueron pagadas y las cuales corresponden a 144226, 155858, 149034, 149835, 153729, 153730, 153731, 7859, 12477, 12494, 13406, 15482, 153732, 6017, 16018, 16019, 1508781, 15802, 153782, 153734, 153735, 153368, 15716, 15736, 153736, 153737, 153745, 16319, 15763, 16170, 16190, 16175, 16258, 152586, 8220, 8221, 16182, 16185, 142317, 16405, 16414, 7771, 7859 y 9285, constancia de pago que se encuentran en el expediente.

También señala que no es posible recobrar a la compañía otras facturas, toda vez que, existen soportes en los cuales se verifica que los accidentes y la atención eran de pacientes que no estaban afiliados a esta aseguradora, como es el caso de las 16344, 154836, 13099 y 142558, por ende, al no estar vinculados no se puede pagar esta factura, por ello, el perito no verificó la glosa, así como tampoco lo hizo el juzgado con el certificado de afiliación.

Respecto de las facturas, 143093-143194-143095-143096-143097-143098-143199-143130-143131- 143134-143135-151769-151786-151771-151788-151773-151790-151801-151802-151803-151804-151805- 151806-151807-151808-151809-151810-151811-151812-151813-15599-4146864 y 146867, manifiesta que las mismas no cuentan con constancia de recibo del paciente de la atención, o documento que soporte la prestación del servicio.

Se está cobrando la factura 149730 que no es de accidente de trabajo, por ello, perito un inobservó la determinación del origen, por lo que no es procedente su pago. En lo concerniente a las facturas 8226, 8230, 8898, 9221 y 9857, no hay cartera pendiente para el reconocimiento, pero si se están liquidando intereses.

Las 151106, 15866, 16149 y 16268 son calificadas como de origen común y es por ello que no se entiende la razón de pago de las mismas por parte de esta compañía y dentro del plenario no existe prueba que demuestre que sean de origen profesional. De otro lado, respecto de las facturas pendientes de calificación de origen, no hay dictamen pericial en las cuales se determine que el origen es de accidente laboral, solo existe una mera especulación en la factura y por ello las facturas 15840 y 15863 no deben ser ordenadas pagar por la entidad.

La factura que cuenta con la anotación "no radicada en Bolívar", esto es la 145755, no cuenta con soporte que haya sido radicada en la entidad, por lo tanto, tampoco habría obligación de pagar dicha factura, así como tampoco las facturas negadas por servicios

previos a la calificación que es por parte de la EPS y que corresponden a gastos administrativos; dentro del peritaje no hay ninguna manifestación que haya hecho referencia a que observó esta glosa, o que se haya verificado que efectivamente los gastos previos a los servicios no deben ser recobrados, lo anterior, respecto de las facturas 145757 a la 145855, 145859 a la 145989, 151871, 151873, 151876, 151877, 151881, 151882, 151891, 151893, 151894, 151900, 1519080, 151912, 151936, 151932, 151933, 152633, 19075, 152645, 152661, 152673, 14958, 149588, 149587, 150155, 150292, 150293, 150295, 150296 y 1517. También refiere que el juzgador acoge las conclusiones del dictamen pericial sin verificar los reparos efectuados frente a cada una de las facturas, por tanto, no se debe ordenar su pago.

En cuanto a los intereses moratorios, expone que, si hay facturas que ya han sido canceladas y otras que no deben ser cobradas, no hay lugar a la procedencia de los mismos. Finalmente, dirige recurso de apelación en contra del valor de las cosas ordenadas por el despacho.

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico: (i) ¿Hay lugar al reembolso de las prestaciones asistenciales y económicas a cargo de la Compañía de Seguros Bolívar S.A.? y en caso positivo (ii) ¿Esta aseguradora debe ser condenada al pago de los intereses moratorios?

3. Prestaciones asistenciales y económicas Sistema General de Riesgos Laborales. La Corte Constitucional en sentencia T-341 de 2013, hace todo el andamiaje normativo respecto del Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales e indica que con la Ley 100 de 1993 se implementó un sistema integral de seguridad social, con instituciones, normas y procedimientos, con el fin de cumplir con la cobertura integral de las contingencias, en especial las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional.

A su paso, delineó lo siguiente:

"Posteriormente, el Decreto 1295 de 1994 incorporó esos criterios al establecer en el artículo 34, que todo afiliado al SGRP tendrá derecho a que se le brinden los servicios asistenciales y se le reconozcan las prestaciones económicas a que haya lugar, en el evento de sufrir un accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que éstas generen incapacidad, invalidez o muerte. En consecuencia, incluyó dentro de las funciones de las entidades administradoras de riesgos laborales la de garantizar la prestación del servicio de salud y reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas a las que tienen derecho.

En lo relativo a las prestaciones asistenciales, dispuso que (i) los servicios de salud que demande el afiliado deben ser prestados a través de su entidad promotora de salud, a menos que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, caso en el cual estarán a cargo de la ARL correspondiente; (ii) los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional deben ser prestados por las administradoras de riesgos profesionales; (iii) la atención inicial de urgencia podrá ser prestada por cualquier institución prestadora de servicios de salud, con cargo al SGRP; (iv) las empresas promotoras de salud

podrán prestar los servicios médicos asistenciales que se requieran, sin perjuicio de la facultad que ostentan para repetir contra la administradora de riesgos profesionales correspondiente, por concepto de atención de urgencias y servicios asistenciales, mediante el mecanismo de reembolsos entre entidades.

Las prestaciones económicas fueron previstas en el capítulo V, donde se establecieron los conceptos de incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, de sobrevivientes y de auxilio funerario, la manera de calcular su monto y los criterios a los que se sujetaría su reconocimiento. Sin embargo, dichas normas fueron declaradas inexecutable por esta corporación, mediante la sentencia C-452 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería, debido a que el legislador extraordinario no había sido facultado para regular aspectos sustanciales del SGRP.

Atendiendo a los efectos diferidos del fallo, el Congreso expidió una nueva legislación para suplir el vacío normativo mediante la Ley 776 de 2002 ("por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales"). Esta disposición normativa se ocupó de ratificar la responsabilidad a cargo de las entidades administradoras de riesgos profesionales frente al reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un evento de origen profesional.

Al respecto en el parágrafo 2º del artículo 1º, advirtió que la entidad responsable de reconocer las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente o enfermedad profesional será la administradora de riesgos a la que se encuentre afiliado el trabajador al momento del accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al requerir la prestación".

Igualmente, debe tenerse en cuenta la Ley 776 de 2002, parágrafo segundo, en la que establece:

"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.

(....).

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".

Ello así, lo primero que viene a propósito colegir es que las prestaciones asistenciales, deben ser entendidas como la asistencia médica, quirúrgica, terapéutica o farmacéutica, servicios de hospitalización, servicios de odontología, servicios auxiliares de diagnóstico o tratamiento, entre otros (Artículo 5º Decreto 1295 de 1994).

Este tipo de prestaciones deben ser cubiertas exclusivamente por la ARL donde se encuentre afiliado el trabajador, ya que se trata de atenciones que se presentan en vigencia de la nueva afiliación, sin que sea dable su recobro a la(s) anterior(es) ARL a las que haya estado afiliado, en razón a que:

(i) Si bien el artículo 3 del Decreto 1771 de 1994, establece el reembolso por **prestaciones asistenciales** a cargo de las entidades administradoras de riesgos laborales, con ocasión de un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, lo cierto es que el mismo está dirigido a las entidades promotoras de salud cuando presten la atención médico asistencial por un riesgo no común.

(ii) Aunque el artículo 5 del Decreto 1771 de 1994 regula el reembolso entre entidades administradoras de riesgos profesionales, en torno a las **prestaciones asistenciales** dispone que, deben ser pagadas en su totalidad por la ARL a la cual está afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, sin que disponga en sus incisos siguientes, la posibilidad de repetir contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad; caso contrario sucede con las **prestaciones económicas** pues expresamente señala en que eventos procede (cuando las ARL asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección) y cuando lo puede solicitar (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 presión de invalidez o de sobrevivientes).

(iii) Es cierto que el inciso 2 del párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, señala que *"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"* (negrilla fuera de texto), pero no es menos cierto es que esta disposición no puede interpretarse de manera aislada a la demás normativa vigente en materia de riesgos laborales, de la que se desprende que la intención del legislador en este asunto fue la asunción de prestaciones netamente económicas por parte de todos sus integrantes siempre que durante el periodo de afiliación el trabajador hubiese estado expuesto al riesgo; nunca las prestaciones asistenciales, porque fuera de lo expuesto en el numeral precedente, ello equivaldría a que el trabajador **no dejaría de ser afiliado** de la(s) anterior(es) ARL, en la medida en que cualquier atención médica, quirúrgica, terapéutica o farmacéutica, servicios de hospitalización, servicios de odontología, servicios auxiliares de diagnóstico o tratamiento tendrían que ser objeto de recobro cuando ya **no está(n) recibiendo cotización** alguna por asunción del riesgo laboral. En este punto, nótese que durante la vigencia de la afiliación las prestaciones asistenciales se cubren con la prima de aseguramiento, sin que pase lo mismo con las prestaciones económicas, ya que para aquellas el párrafo 3° del artículo 1 de la Ley 776 de 2002 previó la constitución de reservas para todas las administradoras del sistema, la cual, tiene como finalidad el cumplimiento en el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a los afiliados. Además, el valor de las prestaciones asistenciales es entregado a terceros a diferencia de las prestaciones económicas (subsidio por incapacidad temporal, pensión de invalidez o sobrevivientes y auxilio funerario) que son dineros recibidos directamente por el trabajador o sus beneficiarios.

En lo que respecta a la prestaciones económicas (Artículo 7 Decreto 1295 de 1994) generadas de la enfermedad profesional o accidente de trabajo, acota la Sala que el párrafo segundo del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, hace precisión que tal reembolso es procedente según el tiempo de afiliación en cada ARL, siempre que se acredite: *"el 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"*.

Establecida la responsabilidad de la administradora de riesgos laborales respecto de las prestaciones asistenciales y económicas de sus afiliados, se analizará cada uno de los

planteamientos esbozados por la sociedad recurrente frente a las facturas objeto de recobro que fueron enunciadas en la alzada, así:

El primer cuestionamiento que se formula en contra de la decisión adoptada por el juzgador de primer grado, es que la condena impuesta estuvo orientada únicamente por el dictamen aportado al informativo por Famisanar, disquisición que no resulta estar alejada de la realidad procesal, como quiera que, este medio de prueba fue objeto de contradicción por la parte contra la que se aduce, en los términos del artículo 228 del estatuto procesal general, y para tal efecto, fue citado el perito Carlos Pardo, conforme se advierte en la audiencia llevada a cabo el 25 de marzo de 2022 (Expediente digital, archivos 18 y 19), sin embargo, estas actuaciones procesales ninguna consideración merecieron por parte del sentenciador, quien olvida que las decisiones judiciales deben cimentarse sobre la valoración conjunta de las pruebas aportadas al plenario, conforme lo determinan los artículos 60 y 61 del CPT y SS, y no sobre un único medio de convicción, máxime cuando el deponente al absolver los cuestionamientos formulados por la apoderada de la parte convocada a juicio, sostiene que su experticia únicamente estuvo basada en los documentos que le fueron entregados por la demandante, más no por los que reposan en el expediente, por lo que, era deber del director del proceso verificar, tan si quiera que, la información allí contenida contara con el suficiente respaldo probatorio, ejercicio valorativo y argumentativo que brilla por su ausencia, lo que motiva el reproche en esta instancia.

Así las cosas y con la finalidad de establecer si los recobros referenciados en la apelación fueron pagados, si cuentan con la determinación de origen laboral, si fueron o no presentados para el cobro, entre otras causas generadoras de su impago, se procederá a efectuar las siguientes precisiones, teniendo en cuenta para ello, las previsiones señaladas en los artículos 60 y 61 ibidem.

Ha señalado la recurrente que las facturas 144226, 155858, 149034, 149835, 153729, 153730, 153731, 7859, 12477, 12494, 13406, 15482, 153732, 6017, 16018, 16019, 1508781, 15802, 153782, 153734, 153735, 153368, 15716, 15736, 153736, 153737, 153745, 16319, 15763, 16170, 16190, 16175, 16258, 152586, 8220, 8221, 16182, 16185, 142317, 16405, 16414, 7771, 7859 y 9285, cuentan con la constancia de pago.

Con el ánimo de desatar este asunto, se debe tener en cuenta que frente a estos recobros no se discute que los mismos sean producto del reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas derivadas del Sistema General de Riesgos Laborales, a pesar de lo anterior, se procedió a verificar cada una de las carpetas que conforman el expediente digital, tendiente a encontrar el soporte de pago de cada factura enunciada, sin que dicha labor haya rendido frutos, dado que la convocada a juicio no allegó ninguna prueba que demuestre el pago efectivamente realizado en el mismo valor reflejado en la factura sometida a revisión.

En lo concerniente a los recobros identificados con los números 16344, 154836, 13099 y 142558, se debe advertir que, la recurrente fue enfática en sostener que los accidentes y las atenciones de los pacientes que allí se registran no eran afiliados a la ARL, por lo que procede esta colegiatura a analizar cada uno de estos recobros, así:

El identificado con el número 16344, corresponde a Wilson Sánchez Mora C.C. 80.442.370, recobro que fue glosado, debido a que el trabajador no se encontraba afiliado con la enjuiciada desde el 15 de julio de 2011 y así lo reflejó en misiva del 02 de octubre de 2015 (Expediente Digital, PDF 01ProcesoFisicoDigitalizado, pág. 136 a 137). Sobre el particular, conforme fue expuesto de forma pretérita, en los específicos términos del parágrafo 2º del artículo 1º 776 de 2002, las prestaciones asistenciales derivadas de un accidente de trabajo serán

reconocidas y pagadas por la administradora a la cual se encuentre afiliado el trabajador al momento de su ocurrencia o para la fecha en que se requiere la prestación; para el caso en concreto, se tiene que le correspondía a la promotora de la Litis acreditar que para el 17 de febrero de 2014, fecha de ocurrencia del siniestro (Expediente Digital, Carpeta 5HistoriaLaboral, subcarpeta Bolívar – 16344, archivo TIF ARL-16344), se encontraba afiliado con la aseguradora aquí demandada, precisamente en virtud de la causal alegada para su impago, y al no haber sido ello así, resulta diáfano que este recobro no pueda ser imputado a la accionada, aspecto que sin lugar a duda no fue objeto de estudio y valoración por el juez cognoscente, ni tampoco este hecho fue tenido en cuenta en el dictamen sustento de la sentencia recurrida.

El recobro No. 154836 corresponde a la enfermedad laboral presentada por el trabajador Edgar Rodríguez Ramírez C.C. 11.221.254, la cual no fue pagada debido a que se encontraba afiliado a la ARL positiva para el 31 de diciembre de 2004 y así lo hizo saber la demandada Seguros Bolívar S.A. en comunicación del 05 de abril de 2016 (Expediente Digital, PDF 01ProcesoFisicoDigitalizado, pág. 118 y 119), en virtud de lo anterior, se observa que la accionada no es la llamada a su pago, atendiendo en primera medida a que los diagnósticos de trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, datan del mes de marzo de 2013 (Expediente Digital, Carpeta 5HistoriaLaboral, subcarpeta Bolívar – 154836, archivo TIF 154836), fecha para la cual no fue sido demostrado por la parte actora que el trabajador hubiese estado vinculado con la ARL demandada y menos aún que el origen de la enfermedad sea imputable al periodo en que estuvo cubierto por esta, por lo que el pago de dicha prestación corresponde a la aseguradora a la que se encontraba afiliado el laborioso al momento en el que la enfermedad laboral se generó, tal y como lo dispone el artículo 1° 776 de 2002.

Conforme lo anterior, este recobro tampoco puede ser imputado a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., en la forma como se realizó en la sentencia objeto de censura.

El recobro No. 13099 corresponde a un accidente de trabajo sufrido por la empleada María del Pilar Prieto Guzmán C.C. 51921071, el cual es negado por parte de la ARL Bolívar, dado que conforme lo expuesto en misiva del 14 de julio de 2015, esta trabajadora no se encontraba afiliada con la aseguradora para la ocurrencia del accidente (Expediente Digital, PDF 01ProcesoFisicoDigitalizado, pág. 237 a 238), afirmación que no ha sido controvertida en el presente juicio, en virtud de ello y conforme lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 776 de 2002, este recobro no puede ser imputado al extremo demandado, por lo que deberá ser absuelto de su pago.

En relación con el recobro No. 142558 que corresponde a servicios asistenciales prestados al señor Edison Castiblanco Candil C.C. 14.964.451, con ocasión del accidente de trabajo padecido el 11 diciembre de 2011 (Expediente Digital, Carpeta 5HistoriaLaboral, subcarpeta Bolívar – 142558, archivo TIF 142558), ha de advertirse que frente a esta se presentó glosa, debido a que para la fecha de la contingencia laboral, el trabajador no era afiliado a Seguros Bolívar, conforme se informó a Famisanar el 22 de diciembre de 2013 (Expediente Digital, PDF 01ProcesoFisicoDigitalizado, pág. 136 a 137), al ser ello así la EPS debió acreditar que en los términos del artículo 1° 776 de 2002, la llamada a responder por las acreencias reclamadas en este juicio era la aquí demandada por ser aseguradora de este riesgo para la fecha de su ocurrencia, y al haber sido omitida esta carga procesal, no queda más camino que absolver a la enjuiciada de su pago, haciendo hincapié una vez más esta colegiatura que, dichos aspectos fueron pasados por alto en la sentencia objeto de reproche.

En lo atinente a las facturas identificadas con los números 143093, 143194, 143095, 143096, 143097, 143098, 143199, 143130, 143131, 143134, 143135, 151769, 151786, 151771, 151788, 151773, 151790, 151801, 151802, 151803, 151804, 151805, 151806, 151807, 151808, 151809, 151810, 151811, 151812, 151813, 15599, 4146864 y 146867,

considera la convocada a juicio en su recurso de alzada que las mismas no cuentan con la constancia de atención brindada al paciente o soporte de la prestación del servicio.

Lo primero que debe anunciarse respecto de los recobros 143093, 143194, 143095, 143096, 143097, 143098, 143199, 15599, 4146864, es que no fueron allegadas las correspondientes facturas y de acuerdo con la relación de obligaciones por recobrar, que fuera allegada en archivo Excel junto la presentación del libelo genitor (Expediente Digital, archivo 05HistoriaLaboral, Archivo Excel BD Bolívar), no se encuentran las aquí relacionadas, por lo tanto, no hacen parte dentro del presente litigio.

De otro lado, se tiene que de acuerdo con el contenido del acta de reunión No. 12-2018 de fecha 04 de mayo de 2018, se acordó entre las aquí partes, el levantamiento de la glosa respecto del recobro No. 143134 "*falta de soporte de firma del usuario por recibir servicio de oxígeno*", al ser ello así, debe entenderse que las mismas han sido aceptadas por la aseguradora, por lo que resulta exigible su pago y en esta medida no se acepta la disquisición planteada frente a este recobro (Expediente Digital, archivo 04ExpedienteAdministrativo, PDF Acta4mayo-2018Anexo5).

Las facturas 143130, 143131 y 143135, corresponden a prestaciones asistenciales brindadas al afiliado Pablo Emilio Garzón C.C. 11.331.692, por la patología de origen laboral, denominada "enfermedad pulmonar obstructiva crónica, no especificada" (Expediente Digital, Carpeta 05HistoriaLaboral, Archivo Excel BD Bolívar y Carpetas 143130, 143131 y 143135); si bien, se allegan facturas de venta por "suministro integral domiciliario", sin que se llegue a demostrar la eventual prestación del servicio asistencial al afiliado, en la medida que no se cuenta con su firma en señal de aceptación y recibo de los bienes y servicios allí descritos; también se debe destacar que tampoco se encuentra acreditado el pago de la EPS demandante a la IPS Cryogas, aunado a lo anterior, se debe resaltar que estas pruebas documentales, dan cuenta que el valor de los servicios asistenciales prestados presuntamente por la IPS referida, difiere del valor relacionado en los recobros objeto de estudio. En este sentido estos no deben ser imputables a la demandada.

En cuanto a los recobros 151769, 151786, 151771, 151788, 151773, 151790, 151801, 151802, 151803, 151804, 151805, 151806, 151807, 151808, 151809, 151810, 151811, 151812 y 151813, se evidencia que conciernen a prestaciones asistenciales relacionadas con la afiliada Magda Cecilia Londoño C.C. 51.872.070, por patología asma predominantemente alérgica, catalogada como de origen laboral, sin que frente a este último aspecto se presente reparo alguno, (Expediente Digital, Carpeta 05HistoriaLaboral, Archivo Excel BD Bolívar y Carpetas identificado con cada uno de los recobros); al igual que los anteriores recobros, fueron allegadas facturas de venta por "suministro integral domiciliario", sin que se acreditara prestación del servicio asistencial a la afiliada, dado que estas tampoco cuentan con firma en señal de aceptación y recibo de los bienes y servicios allí contenidos; de igual forma los valores registrados en las facturas de la IPS Cryogas difieren de los recobros presentados por la EPS en este juicio, lo que conlleva a que estos cobros no resulten procedentes, máxime, cuando tampoco fue acreditado el pago de la EPS demandante a la IPS Cryogas.

El último recobro analizado, en cuanto a este punto de apelación se refiere, corresponde al No. 146867 que hace referencia a servicios asistenciales presuntamente brindados a la afiliada Mónica Higinia Riascos Coral C.C. 52.104.325, por la enfermedad laboral "síndrome de túnel del carpo bilateral" y que corresponden a "ABR 13 CAPITACIÓN CM SUBA" (Expediente Digital, Carpeta 05HistoriaLaboral, Archivo Excel BD Bolívar y Carpetas 146867), pese a lo anterior, no fue demostrado que en efecto este servicio haya sido prestado a esta paciente, también, resulta importante efectuar reparo frente a los valores contenidos entre uno y otro, pues distan con los aquí exigidos; conforme lo anterior, este recobro tampoco puede ser imputado para su pago a la recurrente.

Continuando con el estudio de los argumentos esbozados por la recurrente, fue indicado que frente a la factura 149730 no se determinó que su origen fuera laboral, sobre el particular, se debe anotar que el diagnóstico de Lumbalgia padecido por afiliado Juan Carlos Pereira Díaz C.C. 1.030.593.540, del cual emana el recobro, fue calificado como accidente laboral, sin que se haya logrado acreditar en este juicio que, frente a la primera calificación de origen de la contingencia realizada por la EPS demandante el 21 de junio de 2013, fuera presentada inconformidad alguna en los precisos términos del artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y que por esta razón haya sido objeto de revisión por parte de las juntas calificadoras de invalidez, al ser ello así, se entiende que dicha calificación se encuentra en firme, por lo tanto, las prestaciones asistenciales derivadas de allí, deben ser reconocidas por la aquí demandada, en tanto, no se ha desconocido que este trabajador se encuentre afiliado a la Compañía de Seguros Bolívar S.A.

A la misma conclusión se arriba con los recobros 151106, 15866, 16149 y 16268, como quiera que obran actas de calificación de origen, en donde se establece que los accidentes padecidos por los señores Yesid Gerhard Parada Núñez C.C. 1.030.598.304, Samuel David Ladino Olaya C.C. 1.033.757.322, Jorge Andrés Gómez Pinzón C.C. 1.019.014.869 y Cristian Alejandro Cubillos Hernández C.C. 1.014.195.998, fueron por causa o con ocasión del trabajo, razón por la que el infortunio fue catalogado como de origen laboral y así fue plasmado en las actas de fecha 8 de julio de 2013, 2 de abril de 2014 y 2 de octubre de 2014 respectivamente (Expediente Digital, Carpeta 05HistoriaLaboral, Carpetas identificado con cada uno de los recobros), sin que haya acreditado en el plenario que esta primera determinación hubiese sido modificada o tan siquiera controvertida en los términos del citado artículo 142 del Decreto 019 de 2012. En este orden de ideas, hay lugar a que la llamada a juicio responda por las obligaciones que son objeto de cobro en esta oportunidad, aún más cuando la Compañía de Seguros Bolívar S.A. no desconoce que estos trabajadores para la fecha del incidente estuvieran afiliados a esta sociedad.

En este mismo sentido, las facturas 15840 y 15863 deben ser objeto de pago por parte de la compañía aseguradora, pues si bien la encartada refirió que las mismas se encuentran pendientes de calificación de origen, tal afirmación resulta estar alejada de la realidad, en la medida que las actas de calificación practicadas en primera oportunidad por Famisanar el 27 de enero de 2014 y 2 de marzo de la misma anualidad, respectivamente, dan cuenta que las accidentes padecidos por los señores Cristian Fernando Jiménez Correa C.C. 1.078.246.780 y Pedro Luis Sierra Ramos C.C. 3.081.054, fueron con ocasión de un actividad laboral, (Expediente Digital, Carpeta 05HistoriaLaboral, Carpetas 15840 y 15863) por lo ende, los reparos efectuados por la apelante no salen avantes, en lo que a los recobros objeto de estudio se refiere.

Reseñó la apelante que la factura 145755 nunca fue radicada en la aseguradora, argumento que tampoco es objeto de aceptación para esta Sala de decisión, como quiera que al revisar los soportes probatorios con los que se acompaña el referido recobro, se evidencia que Famisanar remitió a Seguros Bolívar el 19 de noviembre de 2013 una relación de facturas para su cobro, dentro de las cuales se encuentra la objeto de estudio y que corresponde a prestaciones asistenciales de la trabajadora Saydee Sáenz Velosa Sáenz, la cual cuenta con recibido de la aseguradora para esta misma fecha (Expediente Digital, Carpeta 05HistoriaLaboral, PDF bolivar_oct_2013). En este sentido, la glosa no resulta procedente y por ende resulta procedente su pago.

De otro lado, sostuvo la recurrente que respecto a las facturas 145757 a la 145855, 145859 a la 145989, 151871, 151873, 151876, 151877, 151881, 151882, 151891, 151893, 151894, 151900, 1519080, 151912, 151936, 151932, 151933, 152633, 19075, 152645, 152661, 152673, 14958, 149588, 149587, 150155, 150292, 150293, 150295, 150296 y 1517, el juzgador acoge las conclusiones del dictamen pericial sin verificar los

reparos efectuados frente a cada una de las facturas, razón por la cual no debe ordenarse su pago. Con la finalidad de dilucidar lo anterior, se observa que la glosa establecida para las facturas 145757, 145978, 145981 y 145989 corresponde a "no se adjunta comprobante de recibo de medicamentos al paciente", según se desprende la comunicación de fecha 12 de diciembre de 2013 (Expediente Digital, PDF 01ProcesoFisicoDigitalizado, Pág. 138 a 162); así entonces, se trata de servicios asistenciales prestados a las afiliadas Saydee Sáenz Veloza C.C. 51.967.318 y Nidia Amparo Vargas Palacios 51.789.242, con ocasión de enfermedad profesional presentada por las afiliadas, a pesar de lo anterior, tal y como lo refirió en su momento de la convocada a juicio, no existe constancia que los servicios objeto de recobro hayan sido brindados al paciente (Expediente Digital, Carpeta 05HistoriaLaboral, Carpetas 145757, 145978, 145981 y 145989), circunstancias tampoco ameritaron un pronunciamiento por parte del sentenciador, por lo que en esta instancia se dirá que la obligación no se puede hacerse exigible a la aseguradora.

De cara a los recobros 151871, 151873, 151876, 151877, 151881, 151882, 151891, 151893, 151894, 151900, 151908, 151912, 151932, 152645, 151933, 152661, 152673, 152633, 149588, 149587, que corresponden a los afiliados Janardo Yossa Beltrán, Jairo González González, José Rafael Laguado, Nidia Esperanza Suárez, William Andrés Bonilla, Roberto Cruz Tovar, Carlos Abelardo Córtes, Magda Cecilia Londoño, Marlen Jazmín Hernández, Ana Cecilia Barreto, Abraham López Montaña, Liliana guerrero Caicedo, Rosmeria Margarita Ramírez, María del Rocío Arias, Marinsa Roncería Torres, Hugo Arcesio Gavidia, Gladys Lucía Morales, Lubis del Carmen Guerrero, se avizora que se presentó como glosa "gastos administrativos deben ser asumidos por EPS", conforme se expuso en misivas del 30 de mayo de 2014 y 30 de junio de 2015 (Expediente Digital, PDF 01ProcesoFisicoDigitalizado, Pág. 125 a 129, 175 a 176; Carpeta 05HistoriaLaboral, Carpetas 149588 y 149587).

Consultados los documentos adosados al plenario y que respaldan cada uno de estos recobros (Expediente Digital, Carpeta 05HistoriaLaboral, Carpetas 145757, 145978, 145981, 145989, 149588 y 149587), se debe acotar que a dicho trámite se obvió adjuntar las constancias de los servicios asistenciales que se dijo haber prestado a cada uno de los afiliados, como quiera que únicamente se aporta el correspondiente recobro y dictamen de origen, y si bien, la glosa se orienta a indicar que se trata de gastos administrativos, la parte actora ni siquiera logra acreditar los gastos en lo que incurrió y cuáles fueron los conceptos que los originaron, pues a pesar que si se demuestra que los accidentes y patologías de cada uno de estos afiliados son de origen laboral, se itera no se acredita la prestación del objeto de recobro por parte de la EPS, por ende, no puede ser objeto de cobro a Seguros Bolívar S.A.

Frente a los recobros 145760, 145761, 145763, 145764 y 145765 correspondientes a los servicios facturados del afiliado Jhon Pedroza Castañeda; 145862, 145861, 145860, 145859, 145855, 145854, 145853, 145852 y 145851 que conciernen al afiliado Néstor Javier Muñoz; facturas 1517, 150296, 150295, 150293 y 150292 que atañen a Jaime Solano Corte y 150155 de María Nope (Expediente Digital, Carpeta 05HistoriaLaboral, Carpetas identificadas con cada una de los números de recobro), se advierte que la glosa obedece a que los "servicios facturados fueron previos a la calificación de origen" y así se vislumbra de las comunicaciones de fecha 12 de diciembre de 2013 y, 14 y 21 de julio de 2014 (Expediente Digital, PDF 01ProcesoFisicoDigitalizado, Pág. 158 a 162, 207 y 208 y Carpeta 05HistoriaLaboral, Carpeta 150155); sobre el particular, lo primero que se debe advertir es que dentro de este juicio, no ha sido desconocido por la ARL demandada que, los accidentes y enfermedades presentados por estos afiliados fueron de origen laboral, sino que la oposición se centró en que las prestaciones asistenciales fueron proporcionadas con anterioridad a la fecha de la calificación del origen, así las cosas, esta glosa no debe ser aceptada, en la medida que las EPS se encuentran obligadas a prestar los servicios médicos asistenciales que se requieran independientemente si existe o no calificación de origen, en todo caso, de calificarse posteriormente la contingencia como laboral, la llamada reconocer estos valores es la

aseguradora de riesgos laborales, contando la EPS con la facultad de repetir en contra de esta, como sucede en el sub examine, razón más que suficiente para que los argumentos expuestos sean desestimados y sea la convocada a juicio quien entre a reconocer las sumas de dinero señaladas en los recobros objeto de análisis.

Finalmente, en relación con los recobros 151936 y 19075 se indica que dentro del plenario no se vislumbran las glosas presentadas por la ARL y en la medida que en la sustentación del recurso de alzada no se hizo referencia a ellas, desconoce esta corporación las razones que conllevaron a la demandada a su no pago, en esta medida, resulta procedente su pago.

Por las anteriores elucubraciones, descontando los valores sobre los cuales se declaran probadas las glosas, que corresponde a \$10.469.712, se tiene que el valor adeudado por Seguros Bolívar S.A. a EPS Famisanar Ltda. por concepto de prestaciones asistenciales derivadas de accidente y enfermedad de origen laboral, equivale a \$26.698.938, valor que se obtiene luego de restarle al importe hallado en primera instancia, los recobros que resultan improcedentes, conforme lo expuesto anteriormente.

4. Intereses Moratorios. El artículo 24 de la ley 1562 de 2012, establece que cuando las administradoras de riesgos laborales no paguen dentro de los 30 días calendario posteriores a la presentación de la solicitud, estando obligadas a hacerlo o si las glosas formuladas resultan infundadas deberán reconocer intereses de mora a favor de las EPS, liquidados a la tasa moratoria máxima legal vigente.

En la totalidad de los recobros previamente enunciados, se probó por la parte actora, la radicación de las solicitudes respectivas, sin que la entidad demandada demostrara la presentación de alguna glosa, más aún, las mismas fueron canceladas con posterioridad a la presentación de la demanda, por lo que no existe ninguna circunstancia que justifique la mora en el pago y en consecuencia procede el reconocimiento de los intereses moratorios.

Señala la recurrente que, hay facturas que ya han sido canceladas y otras que no debe ser cobradas; también refiere que en lo concerniente a los recobros 8226, 8230, 8898, 9221 y 9857, no hay cartera pendiente para su reconocimiento, pese a ello, si se están liquidando intereses. Sobre este asunto en particular, se tiene que dentro del informativo no obra prueba alguna de su pago, por esta razón resulta procedente la imposición de los intereses moratorios. Sin embargo, si se debe hacer hincapié que, de acuerdo con las consideraciones expuestas en forma pretérita, las facturas sobre las cuales se declaró probada la glosa, no resultan ser exigibles para su pago, en consecuencia, frente a ellas no resultan procedentes los intereses moratorios.

5. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Compañía de Seguros Bolívar S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

6. Costas. Costas en esta instancia a cargo de Compañía de Seguros Bolívar S.A. y a favor de EPS Famisanar Ltda., por no prosperar de manera total el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

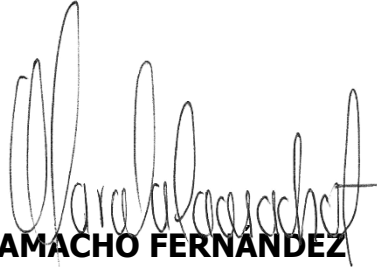
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 03 de noviembre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a Seguros Bolívar S.A. a pagar las prestaciones asistenciales reconocidas por la EPS Famisanar Ltda. por concepto de accidente y enfermedad laboral por valor de \$26.698.938.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a Seguros Bolívar S.A. a pagar los intereses moratorios sobre el capital adeudado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: COSTAS a cargo de Seguros Bolívar S.A. y a favor de EPS Famisanar Ltda. Las costas de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



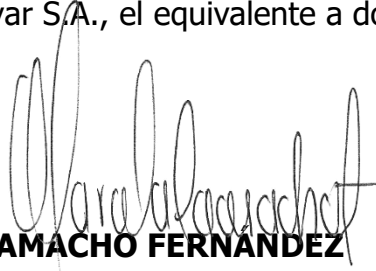
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de EPS Famisanar Ltda. y a cargo de Seguros Bolívar S.A., el equivalente a dos (2) SMMLV, esto es, la suma de \$2.320.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ÁLVARO RAMOS VARGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 110013105-046-2023-00092-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – MODIFICA Y CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Álvaro Ramos Vargas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito que se declara que tiene derecho a la prestación pensional de vejez, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 10 de la Ley 797 de 2003; se declare que para efectos de establecer el monto de la pensión de vejez, debe dar aplicación a los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993; se declare que Colpensiones al momento de liquidar la prestación, incurrió en errores aritméticos que llevaron a establecer de manera incorrecta la tasa de reemplazo que legalmente corresponde, y por ende fijó equivocadamente el valor de la pensión de vejez, situándola por debajo del valor que legalmente corresponde; se declare que la tasa de reemplazo que corresponde aplicar a la pensión de vejez equivale al 72%, atendiendo las semanas adicionales a las 1.300 que fueron cotizadas y que según lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, le permiten acceder a un porcentaje adicional; se declare que el valor de su pensión equivale a \$14.108.606, a partir del 8 de julio de 2020; como consecuencia de lo anterior, se condene al reajuste la pensión de vejez, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 72%, desde dicha fecha y en cuantía de \$14.108.606, junto con las diferencias pensionales y adicionales de cada año, con sus respectivos ajustes legales, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, así como costas y agencias en derecho, condenas ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 8 de julio de 1958, por lo que cumplió 62 años de edad, el mismo día y mes del año 2020, mediante Resolución SUB 110958 del 13 de mayo de 2021, Colpensiones le reconoció una pensión vitalicia de vejez, en cuantía inicial de \$13.814.677, a partir del 8 de julio de 2020, esta prestación se reconoció teniendo en cuenta un Ingreso Base de Liquidación equivalente a \$19.595.287, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 70.50%, la que resulta ser inferior a la que legalmente corresponde; refiere que cotizó un total de 1.875 semanas al sistema de pensiones, por lo que se le debía aplicar un tasa de reemplazo del 72%, lo que arroja como monto de la pensión la suma de \$14.108.606, finalmente indica que el 30 de marzo de 2023, radicó ante la demandada reclamación administrativa, solicitando la reliquidación de la pensión del afiliado, sin que la misma haya sido resuelta (Expediente

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 10ConstanciaNotificacion).; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación Colpensiones: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que no es procedente el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que para la determinación de la mesada pensional se tomaron los últimos 10 años de cotizaciones, dando aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, la tasa de reemplazo del 70.50% es la correcta. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, caducidad, buena fe, improcedencia de intereses moratorios, innominada o genérica (Expediente digital, PDF 09ContestacionDemanda, pág. 3 a 9).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de septiembre de 2023, en la que la falladora declaró que al actor le asiste el derecho a que Colpensiones reajuste la pensión de vejez, por lo que estableció que el valor de la primera mesada pensional asciende a la suma de \$13.732.706.8 para el año 2020 y para el año 2021 de \$13.953.803.9, y en adelante con base en los ajustes anuales; condenó al reconocimiento y pago de las diferencias pensionales retroactivas a partir de 8 de julio de 2020 y en adelante hasta que subsistan las causas, junto con los ajustes anuales y la mesada adicional de diciembre, junto con los intereses moratorios causados a partir de 1° de octubre de 2023 y sobre el importe de cada diferencia pensional retroactiva causada que se encuentre en mora, mes a mes, y hasta el momento en que se efectúe el pago del total del retroactivo adeudado, los que deben cancelarse a la tasa máxima del moratorio vigente; a su vez, autorizó a la demandada para que realice los descuentos correspondientes al sistema de salud; declaró no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la demandada, absolvió de la demás pretensiones formuladas y gravó en costas a la demandada.

Para arribar a la decisión, indicó que no existía controversia sobre la calidad de pensionado del actor, pues a través de Resolución SUB 110958 del 13 mayo 2021, fue reconocida pensión de vejez a partir del 1 de junio 2021, en cuantía de \$13.814.677, teniendo en cuenta un IBL de \$19.595.287 y una tasa de reemplazo del 70.50%, prestación que fue reconocida con fundamento en Ley 797 de 2003, reconocimiento que fue modificado en Resolución SUB 216586 del 7 de septiembre de 2021, en donde se estableció como fecha de disfrute de la pensión el 8 de julio de 2020 y en cuantía de \$13.595.785, ello en razón de un IBL de \$19.284.801 y una tasa de reemplazo de 70.50%.

Sostuvo que de acuerdo con la fórmula establecida en el artículo 34 Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para determinar la tasa de reemplazo se tiene el IBL determinado por Colpensiones, como quiera que frente a este no existe reparo alguno, que corresponde a \$19.284.801, el que se divide por el salario mínimo del año 2020, que asciende a \$877.803, resultado que se multiplica por 0.5, producto que se le resta al 65.5%, el cual se multiplica por el IBL. Que de acuerdo a la norma en cita, a partir del 2005, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del IBL, con un monto máximo de 80 y 70.5%, por tanto, para el año 2020, fecha de reconocimiento del derecho pensional, se exigían 1.300 semanas, entonces al acreditar el actor un total de 1.875,29 semanas, se tiene que el actor cuenta con 575,29 semanas adicionales, es decir que tiene derecho a que la fórmula mínima se incremente en un total de 16,5%, por lo que al sumarlos con el 54.74%, se tiene una tasa de reemplazo de 71.21%, que aplicado el IBL, se tiene una primera mesada pensional de \$13.732.706,80 para el año 2020 y \$13.953.803,90 para el 2021, montos que resultan superiores a los definidos por Colpensiones, por lo que estableció que resultaba procedente la reliquidación de la mesada pensional, ordenando el pago de las diferencias a partir del 8 de julio de 2020 con la mesada adicional de diciembre.

Intereses moratorios artículo 141 de la Ley 100 de 1993, CSJ-SL 3130 de 2020, se estableció la procedencia de estos cuando se hace un reajuste pensional, en consecuencia, como quiera que el 30 marzo de 2023 fue presentada la reclamación, a partir de esta calenda, se empezaban a contar los 6 meses, conforme lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 700 de 2001, al ser ello así, a partir del 1 de octubre de 2023 se debían cancelar sobre el importe de cada diferencia pensional retroactiva que se encuentre en mora, intereses a la tasa máxima vigente. Por el reconocimiento de esta pretensión, se hace improcedente la indexación por resultar excluyente con los intereses moratorios.

Frente a la prescripción, señaló que se debía tomar en cuenta la fecha en que se profirió la Resolución SUB 216586 del 7 de septiembre de 2021, para efectos de contabilizar el término de prescripción, por lo tanto, al agotarse la reclamación administrativa el 30 marzo de 2023 y al haberse presentado la demanda el 5 mayo 2023, resulta evidente que no transcurrió el término trienal, por lo que no había lugar a declarar probado el medio *exceptivo* (Expediente digital, archivos 16 y 17).

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1. Demandante. Inconforme con la decisión formuló recurso de apelación argumentando que, el IBL fijado por Colpensiones tiene en cuenta como última fecha de cotización 1 mayo de 2019, por lo tanto, este se estableció bajo un historial anterior a la primera resolución, en esa medida el IBL que se modifica en la presente sentencia no atiende lo definido por Colpensiones, el cual no fue discutido en el presente proceso, por ello es claro que sobre aquel debe aplicarse la tasa de reemplazo del 72%. Adicional a ello, refiere que Colpensiones en la primera Resolución solo tuvo en cuenta 500 semanas adicionales a las 1.300 en 70.50%, que tampoco se discutió, lo único que se pedía era un aumento del 1.5% que no se estaba reconociendo por tener 75 semanas adicionales a las 1.800, por ello, la pensión del actor tiene que establecerse para el mes de julio de 2020 con una tasa de reemplazo del 72% sobre \$14.108.606. De otro lado, señala que se debe proceder a indexar cada una de las mesadas causadas desde el 8 de julio de 2020 y hasta cuando se haga efectivo su pago, atendiendo el simple fenómeno inflacionario por el paso del tiempo. También sostiene frente a los intereses moratorios que, no se comparte la fecha en la cual se está fijando su reconocimiento, dado que conforme lo dispuesto en el artículo 141 de 1993, los mismos deben ser calculados desde la fecha de reconocimiento del derecho pensional, esto es, desde julio de 2020, pues los mismos no son sancionatorios sino resarcitorios, al ser ello así deben ser reconocidos a partir de la fecha de la afectación, que es cuando no se paguen las mesadas causadas en debida forma.

5.2. Colpensiones. La decisión fue recurrida por la entidad, quien indica que los intereses moratorios no son procedentes, pues de la lectura del 141 de la Ley 100 de 1993, es claro que estos únicamente proceden en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, al ser ello así, Colpensiones no incurrió en retraso en el pago de las mesadas pensionales reconocidas en la Resolución SUB 216586 de 2021, inclusive se le pagó el retroactivo causado desde el julio de 2020. Adicionalmente la norma no hace referencia a su procedencia en caso de diferencias pensionales.

De otro lado, manifiesta que no se comparte la liquidación presentada por el Juzgado, por lo tanto, en virtud del principio de favorabilidad la pensión del actor se liquidó con los factores salariales devengado en los últimos 10 años de cotización, por lo que no se evidencia saldo a favor del actor. Referencia que la entidad computó la prestación teniendo en cuenta un IBL de \$19.595.287, en aplicación de la Ley 797 de 2003 y al aplicarle una tasa de reemplazo del 70.50%, se tiene una mesada pensional de

\$13.814.677, por tanto, la prestación se encuentra reconocida en legal forma. De igual forma, el demandante acredita 675 semanas adicionales a las 1.300 requeridas por la pensión, por lo tanto, su tasa se incrementará en 1.5 por cada 50 semanas, por lo que el porcentaje base arrojado es de 64.98% y si se le incrementa el 15% arroja un total de 70.50%, tal y como fue reconocido por la entidad, lo que torna improcedente la reliquidación, por lo que se solicita que se revise el IBL y la tasa de reemplazo establecido por el Juzgado.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. En el escrito de alegatos de conclusión, adujo que, Colpensiones, no dio cumplimiento a la obligación de reconocimiento y pago de la prestación pensional de vejez conforme a derecho, pues de haberlo hecho así, la hubiera concedido en una cuantía mucho mayor, al aplicar una tasa de reemplazo del 72%, desde el ocho (8) de julio de 2020; por lo anterior y ante la omisión de Colpensiones de no haber realizado el pago de la mesada pensional en el valor que corresponde al actor, por lo que, deberá realizar el pago de los intereses moratorios de las diferencias de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas desde el reconocimiento de la prestación pensional, es decir, desde el ocho (8) de julio de 2020 hasta que se realice el pago efectivo, conforme lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

6.2. Colpensiones. La entidad alegó en su favor que, la prestación le fue reconocida al actor teniendo en cuenta lo liquidado con el promedio de los factores salariales de los últimos 10 años, y que, al efectuar nuevamente su promedio, no se evidencia saldo a su favor.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Erró la Juzgadora de instancia al ordenar el reajuste de la pensión de vejez reconocida al demandante?; en caso de proceder a la reliquidación de las mesadas pensionales (ii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y desde que fecha?; y (iii) ¿Resulta procedente la indexación de las diferencias pensionales resultantes del reajuste pensional?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos que, el demandante nació el 8 de julio de 1958 (Expediente digital, PDF 03AnexosDemanda, pág. 1), a quien Colpensiones mediante Resolución SUB 110958 del 13 mayo 2021, le reconoció una pensión de vejez a partir del 1 de junio 2021, en cuantía de \$13.814.677, teniendo en cuenta un IBL de \$19.595.287, a la se le aplicó una tasa de reemplazo del 70.50%, lo anterior, conforme lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 (Expediente digital, PDF 12SubsanacionContestacionColpensiones, pág. 221 a 227); tampoco se discute que en Resolución SUB 216586 del 7 de septiembre de 2021, se estableció como fecha de disfrute de la pensión del actor el 8 de julio de 2020, estableciéndose para el efecto, una mesada pensional equivalente para esta data, de \$13.595.785, que representa

el 70.50% del IBL determinado para esta anualidad, que corresponde a \$19.284.801 (Expediente digital, PDF 12SubsanacionContestacionColpensiones, pág. 281 a 287).

4. Ingreso base de liquidación. Sostuvo el apoderado del extremo actor que la Juzgadora de instancia no tuvo en cuenta el ingreso base de liquidación hallado por Colpensiones en la Resolución SUB 110958 del 13 mayo 2021, por lo que no había lugar a que este fuera modificado en la sentencia apelada, en la medida que dicho aspecto no fue controvertido en el presente juicio; sobre el particular, lo primero que se debe advertir es que, la Juez cognoscente no modificó el IBL determinado por Colpensiones precisamente porque este asunto no fue punto de disenso y así lo hizo saber en la providencia que es objeto de revisión por esta colegiatura en esta oportunidad, sin embargo, se debe precisar que la convocada a juicio en Resolución SUB 110958 del 13 mayo 2021, estableció que el IBL para el año 2021, ascendía a \$19.595.287, mientras que en la Resolución SUB 216586 del 7 de septiembre de 2021, se estableció que este correspondía a \$19.284.801 para el año 2020, siendo este último el fijado para establecer el monto de la pensión del promotor de la contienda.

Para dilucidar esta controversia, se tiene que el ingreso base de liquidación, se determina en la forma indicada en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o toda la vida laboral en el caso de acreditar más de 1250 semanas, debiendo aplicar el IBL que resulte más favorable, para lo cual ha de aplicarse la fórmula de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para establecer la tasa de reemplazo.

Así las cosas, en vista que en sede administrativa Colpensiones encontró que el IBL más favorable era el de los últimos 10 años, y al respecto no se presentó inconformidad por la parte actora, la Sala no procederá a efectuar un nuevo cálculo, ni tampoco procederá a efectuar su revisión, como así lo solicita la entidad pública en la alzada, no solo porque su liquidación no ha sido controvertida en este juicio, sino porque acceder a ello, quebranta el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, máxime que, la sentenciadora de instancia no halló este valor, sino que se atuvo a lo decidido en los actos administrativos proferidos por la encartada, precisamente porque el valor establecido fue aceptado por el pensionado.

Dilucidado lo anterior y con el ánimo de desatar uno de los puntos objeto de censura planteados por el accionante, se debe recordar que para determinar el valor del IBL, se tiene en cuenta el promedio de lo cotizado, que para el sub examine, corresponde al devengado en los diez últimos años anteriores al cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación por vejez, que para el caso de autos corresponde al **8 de julio de 2020**, conforme lo definido en la Resolución SUB 216586 del 7 de septiembre de 2021, por lo tanto, es a esta data que se debe actualizar el ingreso base conforme al IPC certificado por el DANE, al ser ello así, en ningún error incurrió la sentenciadora de instancia al determinar que el IBL a tener en cuenta para determinar el valor de la prestación por vejez del señor Ramos era de \$19.284.801.

Ahora bien, se debe advertir que el IBL establecido en la Resolución SUB 110958 del 13 mayo 2021, esto es \$19.595.287, no puede ser tenido en cuenta para efectos de calcular el monto de la pensión, como quiera que el mismo esta actualizado a 2021, siendo claro que los requisitos para acceder a la pensión fueron cumplidos en el año 2020, tan es así que, en la Resolución SUB 216586 del 7 de septiembre de 2021, se modificó la fecha de reconocimiento pensional al 2020, reconociendo el retroactivo causado, por lo anterior, no hay lugar a que se acojan los argumentos esbozados por este extremo procesal.

5. Tasa de reemplazo artículo 34 ley 100 de 1993. De acuerdo con lo anterior, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 34 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, precepto normativo del que podemos extraer que, para la determinación de la tasa de reemplazo, se debe tener en cuenta la formula allí plasmada:

$$r = 65.50 - 0.50 s,$$

Donde **r** corresponde a la tasa de reemplazo, **S** equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2020, que equivale a \$877.803.

De acuerdo con lo expuesto, tenemos entonces que para hallar **S** es necesario efectuar la siguiente operación:

$$s = IBL/SMLMV$$

$$s = \$19.284.801 / \$877.803$$

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 21,96.

Establecido lo anterior, continuamos con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita ($r = 65.50 - 0.50 s$), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de S: 21,96 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

$$21,96 \times 0.5 = 10,98$$

$$r = 65.50 - 10,98$$

$$r = 54.52$$

Ahora bien, contempla el norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Tenemos entonces que el mínimo de semanas requeridas a los que alude la norma en cita corresponde a 1.300, por ende, el demandante cuenta con 575.29 semanas adicionales, es decir que le corresponde un porcentaje adicional de 1.5% del ingreso base de liquidación en relación a cada 50 semanas adicionales.

Por lo planteado precedentemente, válidamente podemos efectuar la siguiente formulación:

$$\text{Semanas adicionales} = (1.875,29 - 1300 = 575,29/50 = 11 \times 1.5\% = 16,5 \%).$$

En consecuencia, se tiene que el actor cuenta con 575,29 semanas adicionales de cotización, esto es, 11 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 16,5% de incremento sobre el porcentaje atrás calculado.

Efectuada entonces la sumatoria de r (54.52) más el porcentaje resultante de las semanas adicionales (16,5%), tenemos una tasa de reemplazo equivalente a 71.02%, porcentaje inferior al hallado por la juzgadora de conocimiento.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL3785 de 2019, enseñó cómo se debe proceder a efectuar el cálculo de tasa de reemplazo, así:

“En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en \$4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a \$497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio”

De esa forma, el valor mensual de la pensión de vejez, desde el 8 de julio de 2020 asciende a la suma **\$13.696.065,67** y, en consecuencia, como este valor es inferior al determinado por la A quo, pero superior al liquidado por Colpensiones, se modificará la sentencia consultada en este ítem, para en su lugar **declarar** que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, a partir de dicha data y en la cuantía señalada, mesada cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 13 mesadas pensionales al año, pues esta fue causada en vigencia del Acto Legislativo 001 del 2005.

6. Prescripción. Ahora, para efecto del disfrute y el retroactivo, como Colpensiones propuso la excepción de prescripción, hay lugar a estudiar dicho medio exceptivo, tal como lo establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que dispone el término de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir presentando la reclamación por escrito.

En el sub examine, al haberse causado la pensión desde el 08 de julio de 2020, la obligación de exigir las diferencias pensionales surge a partir de esta misma data, por lo que fue presentada solicitud de reliquidación el 30 de marzo de 2023 (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 24 a 29), sin que dicha solicitud haya sido resuelta por la entidad, de tal suerte que en los términos del artículo 6 del CPT y SS, podía acudir a la jurisdicción a partir del 30 de abril de 2023 y hasta el 29 de abril del año 2026 a efecto de que no le prescribiera ninguna mesada pensional, acudiendo a la vía judicial el 5 de mayo de 2023 (Expediente digital, PDF 05ActaReparto), con lo cual, ninguna mesada se encuentra afecta por la prescripción, tal como acertadamente lo determinó el a quo.

7. Retroactivo Pensional. Realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$4.643.100,88**, correspondiente a las diferencias causadas entre 08 de julio de 2020 al 31 de octubre de 2023 y a partir del 1 de noviembre de 2023 Colpensiones deberá cancelar una mesada equivalente a **\$ 16.627.150,99**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional.

RETROACTIVO PENSIONAL						
Año	IPC	Valor reconocido	Valor reliquidado	Diferencia	# mesadas	Total retroactivo
2020	1,61	\$ 13.595.785,00	\$ 13.696.065,67	\$ 100.280,67	7	\$ 701.964,69

2021	5,62	\$ 13.814.677,14	\$ 13.916.572,33	\$ 101.895,19	13	\$ 1.324.637,45
2022	13,12	\$ 14.591.061,99	\$ 14.698.683,69	\$ 107.621,70	13	\$ 1.399.082,08
2023		\$ 16.505.409,33	\$ 16.627.150,99	\$ 121.741,67	10	\$ 1.217.416,65
					TOTAL	\$ 4.643.100,88

Se autoriza igualmente a Colpensiones para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno, como así lo dispuso la juzgadora de primer conocimiento.

8. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Establecido los anteriores supuestos, esta colegiatura centrará su estudio en las argumentaciones esbozadas por las partes, respecto al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago completo de la pensión de vejez, discuriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a ello, lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"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 efectúe el pago."*

Sentado lo anterior, ha decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".

Así mismo, frente a su causación, ha establecido en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003", y que "de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Por último, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la misma Corporación (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:
Artículo 19o.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.
Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93,

y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionerio», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)”.

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, como quiera que conforme fue acreditado en el presente juicio, al actor no le fue reconocida en debida forma la pensión de vejez, pues se le aplicó una tasa de reemplazo inferior a la que legalmente le correspondía, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9o de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia contados a partir de radicada la solicitud de reliquidación, esto es, a partir del 30 de marzo de 2023 (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 24 a 29), por lo que, tenía la entidad de seguridad social hasta el 30 de julio de 2023, para reconocer el derecho reclamado; por lo dicho, es claro que procedencia de los intereses moratorios no es a partir de la fecha definida por la juzgadora.

Si bien, la parte demandante solicita que los mentados intereses sean reconocidos a partir del reconocimiento del derecho pensional, tal postura no puede ser acogida por esta sala de decisión, conforme fue explicado anteriormente. A pesar que tal planteamiento no salió adelante, se debe precisar que se cuestiona la fecha definida en primera instancia, en cuanto al momento de su causación, siendo ello así, y al haberse demostrado que Colpensiones contaba hasta el 30 de julio de 2023 para acceder a la solicitud de reliquidación pensional deprecada por el libelista y al no haber procedido de esta manera, estos intereses deberán ser reconocidos a partir del 31 de julio de 2023, por lo que se impone modificar el numeral 3º de la sentencia apelada.

9. Indexación de las mesadas adeudadas. Finalmente, frente a las disquisiciones esbozadas por el apoderado de la parte demandante, se debe advertir que la sala no acoge la tesis planteada, pues contrario a lo sostenido por el recurrente, conforme lo ha explicado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 856-2021 los intereses moratorios y la indexación son incompatibles, ya que la indexación se entiende incluida en los intereses, por ello se deberá confirmar lo decidido en primera instancia, en lo que a este punto de apelación se refiere.

10. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR los **NUMERALES PRIMERO Y SEGUNDO** de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2023 por el Juzgado Cuarenta y seis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"PRIMERO.- DECLARAR que al demandante señor **ÁLVARO RAMOS VARGAS** le asiste el derecho a que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

PENSIONES – COLPENSIONES le reajuste la pensión de vejez a él reconocida, en el sentido de establecer que el valor de la primera mesada pensional asciende a la suma de \$ 13.696.065,67 para el año 2020 y para el año 2021 de \$ 13.916.572,33, y en adelante con base en los ajustes anuales, conforme las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO.- CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar en favor del demandante señor **ÁLVARO RAMOS VARGAS**, las diferencias pensionales retroactivas a partir de 8 de julio de 2020 hasta el 31 de octubre de 2023, en cuantía de **\$4.643.100,88** y a partir del 1 de noviembre de 2023 Colpensiones deberá cancelar una mesada equivalente a \$ 16.627.150,99, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional”.

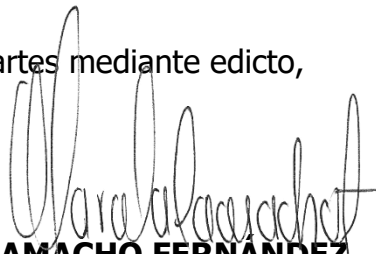
SEGUNDO: MODIFICAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia, el cual quedará así:

"TERCERO.- CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y en favor del demandante señor **ÁLVARO RAMOS VARGAS** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados a partir de 31 de julio de 2023, sobre el importe de cada diferencia pensional retroactiva causada que se encuentre en mora, mes a mes, y hasta el momento en que se efectúe el pago del total del retroactivo adeudado, deberán cancelarse intereses a la tasa máxima del moratorio vigente, conforme se consideró precedentemente”.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



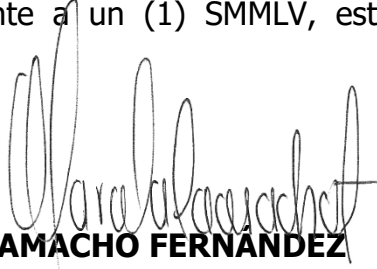
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EDILMA BONILLA
Ad excludendum: ROSA ALEJANDRA CHAPARRO BONILLA
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 110013105-027-2019-00772-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE – MODIFICA Y ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Edilma Bonilla, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito que se declare que es beneficiaria del derecho a la pensión de sobreviviente, en calidad de compañera supérstite del asegurado fallecido José Ignacio Chaparro García, en aplicación de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de 1990 y la aplicación del principio Constitucional de la condición más beneficiosa, en consecuencia, se condene al reconocimiento de la prestación a partir del 30 de abril de 1996, fecha del fallecimiento del afiliado, junto con el pago del retroactivo y mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de estas pretensiones expuso que, el señor José Ignacio Chaparro García fue afiliado del ISS durante el predio 1978 a 1996, quien falleció el 30 de abril de 1996, fecha para la cual contaba con más de 5 años de convivencia, dado que esta se desarrolló entre el 30 de marzo de 1991 al 30 de abril de 1996, unión de la que se procreó una hija; del reporte de semanas de fecha 6 de febrero de 2019, refleja que el causante cotizó al 1 de abril de 1994, un total de 369.71 semanas; que el 13 de mayo de 2019 se presentó a reclamar en calidad de compañera permanente, la pensión de sobreviviente, solicitud que fue negada mediante Resolución SUB 171931 del 2 de julio de 2019, al no acreditarse la convivencia por lo menos durante los 2 últimos años de vida del causante, acto administrativo frente al cual se presentó recurso de apelación, el que fue resuelto en Resolución No. DPE 7749 del 13 de agosto de 2019, en donde se confirma la decisión recurrida (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 5 a 25).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF04ConstanciaNotificacionAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones. Colpensiones dando respuesta en el momento procesal oportuno se opuso a las todas las pretensiones de la accionante, manifestando que, si bien, el causante dejó acreditado el derecho, al momento de realizar la correspondiente

investigación administrativa, para determinar si la demandante cumplía con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en el análisis de las entrevistas realizadas, las pruebas documentales recopiladas y las labores de campo, no se logró establecer que el causante y la demandante, hayan convivido bajo el mismo techo desde el 30 de marzo de 1991 hasta el 30 de abril de 1996, fecha en que falleció el afiliado, siendo ello así y al no acreditar el requisito de la convivencia con el afiliado en los últimos dos años anteriores a su fallecimiento, no hay lugar al derecho pretendido. Propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica (Expediente electrónico, PDF 03ContestacionColpensiones).

4. Trámite procesal. En proveído del 11 de octubre de 2021, se dispuso a integrar como litis consorte necesaria a la señora Rosa Alejandra Chaparro Bonilla (Expediente electrónico, PDF 03AutoDecretoNulidad) y en audiencia celebrada el 4 de marzo de 2019, se dispuso dejar sin efecto el auto del 11 de octubre de 2021, para en su lugar, ordenar su vinculación como interviniente excluyente (Expediente electrónico, PDF 30ActaAudienciaDejaSinEfectoDecisionAnterior).

5. Demanda tercera ad excludendum. Rosa Alejandra Chaparro Bonilla formuló demandada con el propósito de que se declare que es beneficiaria del derecho a la pensión de sobreviviente, en calidad de hija del asegurado fallecido; en consecuencia, se condene al reconocimiento de la prestación a partir del 30 de abril de 1996, fecha del fallecimiento del causante, junto con el pago del retroactivo y mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación, costas y agencias en derecho. Para ello informó que, al momento de su fallecimiento, convivía con ella y con la señora Edilma Bonilla y contaba con 369.71 semanas cotizadas (Expediente digital, PDF 32DemandaInterviniente)

6. Contestación demanda tercera ad excludendum. Colpensiones dando respuesta en el momento procesal oportuno se opuso a las todas las pretensiones de la accionante, manifestando que, esta solicitante no es beneficiaria del derecho a la pensión de sobrevivientes, en calidad de hija del asegurado, en vista que no cumple con los requisitos establecido en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 y siguientes de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica (Expediente electrónico, PDF 35ContestacionColpensiones).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de septiembre de 2023 en la que la falladora declaró que la señora Edilma Bonilla es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor José Ignacio Chaparro, en calidad de compañera permanente, desde el 1º de julio de 2016 en cuantía de \$689.455, en consecuencia, dispuso el pago de la suma de \$80.840.437 por concepto del retroactivo pensional causado desde el 01 de julio de 2016 hasta el 31 de agosto de 2023, a su vez, condenó al pago de los intereses moratorios causados sobre cada mesada pensional debida, desde el 02 de septiembre de 2019 hasta cuando

el pago se efectúe. De otro lado, negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora Rosa Alejandra Chaparro Bonilla; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás, gravó en costas a la demandada.

Para arribar a la decisión, indicó que la misma entidad en la Resolución DPE 7749 del 13 de agosto de agosto 2019, aceptó que el causante dejó acreditado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por tal razón, la señora Rosa Alejandra Chaparro Bonilla tiene la condición de beneficiaria de esta prestación, como quiera que con el registro civil de nacimiento se acredita el parentesco con el causante, no obstante lo anterior, no acreditó que se encontrara incapacita para trabajar en razón de sus estudios y que dependiera económicamente del causante al momento de su muerte, al ser ello así, su derecho pensional feneció cuando adquirió la mayoría de edad el 10 de octubre de 2012, sin que se logra interrumpir la prescripción en los términos de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, así como los artículos 2530 y 2541 del Código Civil.

En cuanto al derecho pensional de la señora Edilma Bonilla, sostuvo que de acuerdo con las declaraciones de los señores María Bernarda Jiménez Rodríguez, José Julián Sánchez Bocanegra, se logró acreditar la convivencia de la pareja conformada por la señora Edilma Bonilla y José Ignacio Chaparro desde el año 1990 y hasta la fecha del deceso del afiliado, la que se desarrolló en el barrio la Esperanza en el Municipio de Mosquera Cundinamarca y de la que se procreó una hija de nombre Rosa Alejandra Chaparro Bonilla, entonces al acreditarse un convivencia superior a los 2 años, se encontraban reunidos los presupuestos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor José Ignacio Chaparro. En cuanto al momento de la pensión, sostuvo que, teniendo en cuenta los salarios sobre los cuales consignó el causante durante toda su vida laboral y teniendo en cuenta que se cotizó 396.29 semanas, entre el 10 de julio de 1978 y el 30 de enero de 1996, la tasa de reemplazo corresponde al 45% del ingreso base de liquidación que arroja la suma de \$458.259 como primera mesada pensional, valor que resulta ser inferior al salario mínimo legal, por lo que se condenó al reconocimiento de la pensión en cuantía de un salario mínimo, a partir del 30 de abril de 1996 en 14 mesadas al año, como quiera que se causó antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

En lo concerniente a la excepción de prescripción, sostuvo que la demandante reclamó el derecho pensional el 2 de julio de 2019 ante la enjuiciada y la demanda fue presentada el 5 de diciembre de 2019, esto es dentro de los 3 años siguientes, por lo que fue la reclamación administrativa la que interrumpió el término de prescripción, por lo que debían declararse prescritas las mesadas pensionales causadas entre el 30 de abril de 1996 y el 30 de junio de 2016. De igual forma, resaltó que al no haberse acreditado la condición de estudiante de la señora Rosa Alejandra Chaparro Bonilla, las mesadas pensionales deben reconocerse en un 100% a favor de la señora Edilma Bonilla.

En cuanto a los intereses moratorios, sostuvo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1º de la Ley 717 de 2001, los intereses moratorios resultaban procedentes en la medida que la reclamación administrativa fue presentada el 2 de julio de 2019, por lo que la entidad contaba con dos meses para reconocer el derecho, al no haber sido ello así, estos deben reconocerse a partir del 2 de septiembre de 2019. Ante la procedencia de estos intereses, fue negada la indexación (Expediente electrónico, archivo 41).

8. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

8.1. Demandante inconforme con la decisión proferida, formuló recurso de apelación en contra de la negativa del reconocimiento de la indexación, esgrimiendo que esta debe operar de oficio porque la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es una situación flagrante, un hecho que se puede verificar y que de ningún modo compensa los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como quiera que esta lo que castiga es la falta de pago de las mesadas oportunamente reconocidas y con ello no se cubre la devaluación de la moneda, resultando ser figuras totalmente diferentes, por ello, resultan compatible entre sí.

8.2. Colpensiones Solicita que se revoque de manera integral la sentencia, teniendo en cuenta que la parte demandante debió acreditar la efectiva convivencia con el causante, en un tiempo no menos a 5 años anteriores al deceso del afiliado, por lo que revisado el expediente pensional no se acredita este presupuesto, por ello, no se debe proceder al reconocimiento de la pensión reclamada. A su vez, manifiesta que tampoco se comparte la condena por concepto de intereses moratorios, como quiera que, los mismo resultan improcedentes, pues la negativa del reconocimiento pensional se encontraba justificado por parte de la entidad, aunado a ello, sostiene que para que procede la imposición de estos deben concurrir dos requisitos, el primero de ellos es que exista una pensión legalmente reconocida y el segundo que la entidad haya incurrido en mora injustificada en el pago de la mesada pensional, por lo que, los intereses únicamente proceden a partir de la fecha en la que se haya emitido el correspondiente acto administrativo de reconocimiento del derecho pensional, situación que no se presenta en el caso de la accionante. De otro lado, indica que en caso de confirmarse la procedencia esta condena, solicita que la misma sea reconocida a partir del tercer mes después de haber sido solicitado el reconocimiento pensional.

9. Alegatos de conclusión.

9.1. Demandante. Indicó en los alegatos de conclusión que, en el proceso se logró demostrar que la actora era compañera permanente del causante, conviviendo con él desde el 30 de marzo de 1991 al 30 de abril de 1996, a su vez con el registro civil de Rosa Alejandra Chaparro Bonilla hija de la señora Edilma Bonilla y del señor José Ignacio Chaparro, concluyó que, se puede demostrar que para el año 1994 la convivencia aún estaba vigente, es decir, que dos años antes del fallecimiento del causante la señora Edilma Bonilla estaba conviviendo y embarazada del causante, y con la declaración de la demandante y los testimonios se pudo corroborar que la convivencia continuo hasta el 30 de abril de 1996, día del fallecimiento del señor José Ignacio Chaparro García; por otro lado, finalmente, indicó que, los intereses moratorios y la indexación son dos figuras distintas, ya que la primera es una sanción con ocasión de la mora en el pago de las mesadas pensionales y la segunda es el ajuste que se realiza para que las mesadas pensionales no sean objeto de pérdida en la capacidad adquisitiva.

9.2 Colpensiones. Argumentó que, no se logró establecer que el señor José Ignacio Chaparro García y la señora Edilma Bonilla, hayan convivido bajo el mismo techo desde el 30 de marzo de 1991 hasta el 30 de abril de 1996, fecha en falleció el causante debido a que, señaló, no hay pruebas fehacientes tales como entrevistas a los familiares, ni labores de campo donde se haya evidenciado la convivencia ya que la solicitante no recuerda direcciones exactas y los que se lograron entrevistar no

corroboraron la convivencia entre los implicados, no aportó fotografías de convivencia, historia clínica, ni pertenencias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandante y demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, así como también se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que le haya sido desfavorable a Colpensiones y no hay sido apelado.

2. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿Edilma Bonilla, demostró la calidad de compañera permanente del causante José Ignacio Chaparro García y reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte del Colpensiones?; (ii) de ser afirmativa la respuesta (ii) ¿Resulta procedente la imposición de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?; y (iii) ¿Son compatibles los intereses moratorios con la indexación?

3. Fallecimiento. Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que la Sala debe advertir es que el fallecimiento del señor José Ignacio Chaparro García se encuentra acreditado con el registro civil de defunción (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 26), el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 30 de abril de 1996, como se indicó en el libelo incoatorio.

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, dado que el óbito se produjo el 30 de abril de 1996 (criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Densidad de semanas. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, en el literal a) exige, por lo menos 26 semanas de aportes en el año inmediatamente anterior a la muerte, para el caso de los cotizantes activos. En el *sub judice* tenemos que de cara a la fecha del deceso del señor José Ignacio Chaparro García, esto es, 30 de abril de 1996 y dentro de dicho interregno, aquel cotizó, un total de 26.59 semanas, según se advierte del reporte de semanas cotizadas (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 33 a 37); con lo cual se cumple el requisito exigido.

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 2 del art. 46 de la Ley 100 de 1993, en su texto inicial, establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca.

7. Requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Ahora bien, no admitiendo discusión que el trabajador falleció el 30 de abril de 1996, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, que establece en su literal "a" que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes "el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta el fallecimiento y haber convivido no menos de 2 años con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido".

En este orden, para resolver los reproches del impugnante, lo primero que se debe advertir es que, contrario a lo sostenido por el apoderado de la entidad pública, bajo la premisa normativa que regula la prestación reclamada, se requiere una convivencia real y efectiva por dos años, y no como equivocadamente refiere el impugnante, que es de cinco años; ahora bien, lo procedente sería analizar en un principio la real convivencia con el *de cujus*, basada en la existencia de lazos afectivos, así como el ánimo de brindarse apoyo y colaboración, pues, en el derecho a la pensión de sobreviviente, la ley concede especial relevancia a la convivencia responsable y efectiva al momento del óbito, ya que en el marco del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, el parámetro esencial para determinar quién es el legítimo beneficiario de la pensión de sobrevivientes es la convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja. En tal virtud, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2235 de 2019, señaló al respecto:

"En ese sentido, la Corte ha establecido que tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente les es exigible el presupuesto de la convivencia efectiva, real y material, por el término establecido en la ley, por lo que no basta con la sola demostración del vínculo matrimonial, para tener la condición de beneficiario (CSJ SL, 10 may. 2005, rad. 24445, reiterada en CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 42792, CSJ SL460-2013 y CSJ SL13544-2014)."

8. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

Adicionalmente, ha de indicar la Sala que sobre el alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, estableció la Corte Constitucional en sentencia SU 453 de 2019, que dicho precepto permite suplir el requisito de convivencia mínimo de 2 años con anterioridad de la muerte del pensionado con el hecho de haber procreado hijos con éste.

9. Prueba de la convivencia de compañera permanente. Para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor José Ignacio Chaparro García, y teniendo en cuenta que Colpensiones arguye que este requisito no se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario, encontrando que obra declaración juramentada Marlenny Gamboa Gamboa, quien manifestó ante el Notario Único de Funza que, conoció de trato, vista y comunicación a la señora Edilma Bonilla desde hace más de 35 años y como consecuencia de ello, le consta que desde el 30 de marzo de 1991, convivió con el causante bajo el mismo techo como compañera permanente y hasta la

fecha de su deceso, esto es el 30 de abril de 1996, que de esta esta unión existe una hija de nombre Rosa Alejandra Chaparro (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 38).

En este mismo sentido, se tiene que, María Fernanda Jiménez Rodríguez rindió declaración juramentada ante el Notario Único de Funza el 21 de febrero de 2019, en donde manifestó bajo la gravedad de juramento que, conoció de trato, vista y comunicación a la señora Edilma Bonilla desde hace más de 36 años, por ello le consta que convivió con el afiliado desde el 30 de marzo de 1991 y hasta el 30 de abril de 1996, fecha en la que se produjo su óbito, unión de la que se procreó a Rosa Alejandra Chaparro (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 39).

Por otro lado, obra interrogatorio de parte de la demandante, diligencia en la que afirmó que el señor José Ignacio Chaparro García, fue su compañero con quien convivió durante más de 5 años y producto de esa unión nació una hija de nombre Rosa Alejandra Chaparro Bonilla. Refirió que su lugar de residencia se ubicaba en el barrio la Esperanza en el municipio de Mosquera Cundinamarca; que su pareja falleció el 30 de marzo de 1991 de cáncer y fue ella quien le brindó los cuidados en su lecho de muerte. Respecto del sepelio adujo que ella cubrió todos los gastos, en la medida que la familia del causante no le brindó ningún tipo de ayuda económica.

También fue escuchada la declaración de la testigo María Bernarda Jiménez quien señaló que la pareja conformada entre Edilma Bonilla y José Ignacio Chaparro García convivió en el municipio de Madrid Cundinamarca desde el año 1991 y hasta el fallecimiento del señor Chaparro, de esta unión nació Rosa Alejandra Chaparro Bonilla. Adicionalmente, indicó que el causante falleció de cáncer y la persona que estuvo a su lado fue la hoy demandante. Afirmó que el señor Chaparro no tuvo otra pareja, ni más hijos.

A su vez, fue escuchada la declaración del señor José William Sánchez Bocanegra, quien ratificó la convivencia existente entre la pareja conformada por la convocante a juicio y el señor José Ignacio Chaparro García, como quiera que manifestó que ellos convivieron desde el año 1991 en el barrio la Esperanza del Municipio de Madrid Cundinamarca.

Las anteriores versiones resultan **creíble** para la Sala, debido a su consonancia y consistencia, pues se encuentra respaldada por la narración de las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar en que percibieron los hechos, dejando entrever que presenciaron de manera directa todos los actos propios de la relación afectiva y convivencia entre la pareja.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que efectivamente alcanzó demostración la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para acceder a la prestación pensional solicitada, quedando claro entonces que, Edilma Bonilla **si** tuvo una convivencia real y efectiva durante en el interregno comprendido entre el 30 de marzo 1991 al 30 de abril de 1996, no se verifica que hayan sufrido una separación, pues las declaraciones que se recaudaron, así como las demás pruebas obrantes en el proceso, dan cuenta de su permanencia como pareja, sin interrupciones hasta el deceso del afiliado.

Así entonces, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que Edilma Bonilla convivió en calidad de compañera permanente con el de cujus por espacio superior a los 2 años anteriores al deceso, en el caso

específico, la convivencia se extendió por el termino de 5 años y 1 mes, adicional a que se demostró que se procreó un hijo con el causante.

Significa lo dicho en precedencia, que no se equivocó la falladora de primer grado al colegir que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación económica reclamada a partir del 30 de abril de 1996, fecha del deceso del señor José Ignacio Chaparro García, conforme **los términos dispuesto** en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, de allí que se siga confirmar la sentencia apelada y confirmada en lo que a este punto se refiere.

10. Prescripción. Verifica la Sala que la encartada propuso como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción en la contestación de la demanda, frente a la cual ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.

En el sub examine, la obligación de solicitar la pensión se hizo exigible al óbito del señor José Ignacio Chaparro García, el que acaeció el 30 de abril de 1996, sin embargo, la actora elevó reclamación el 13 de mayo de 2019 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 40 a 48), misma que fue resuelta de manera negativa mediante Resolución SUB 171931 del 2 de julio de 2019, notificada el 10 de julio de 2019 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 49 a 54), sobre la cual interpuso recurso de apelación, suspendiendo el término prescriptivo hasta agotar la vía gubernativa, lo cual aconteció tras la expedición del acto administrativo DPE 7749 del 13 de agosto de 2019, notificado el 11 de septiembre de la misma anualidad (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 66 a 70); la accionante acudió a la vía judicial el 5 de diciembre de 2019 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 73), con lo cual, las mesadas causadas con anterioridad al 13 de mayo de 2016 se encuentran afectadas por la prescripción, fecha diferente a la hallada por la juzgadora de conocimiento, en la media que encontró acreditado que las mesadas causadas entre el 30 de abril de 1996 y el 30 de junio de 2016 se encontraban afectadas por este fenómeno prescriptivo, sin embargo, como este asunto no fue objeto de disquisición alguna por la parte demandante, se mantendrá incólume la decisión adoptada en primera instancia, en lo que al tema objeto de estudio se refiere.

11. Retroactivo pensional. Realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$ 89.453.841**, correspondiente a las mesadas causadas entre 01 de julio de 2016 y el 31 de octubre de 2023, y a partir del 1º de noviembre de 2023 **Colpensiones** deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a **\$1.160.000**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión se causó con anterioridad a su vigencia.

RETROACTIVO PENSIONAL			
Año	Valor pensión (salario mínimo)	# mesadas	Total Retroactivo
2016	\$ 689.455	7	\$ 4.826.185
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624
2020	\$ 877.803	14	\$ 12.289.242
2021	\$ 908.526	14	\$ 12.719.364

2022	\$ 1.000.000	14	\$ 14.000.000
2023	\$ 1.160.000	11	\$ 12.760.000
TOTAL			\$ 89.453.841

Se autoriza igualmente a Colpensiones para que descuenten del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno, en este sentido se deberá modificar y adicionar el numeral tercero de la sentencia consultada.

12. Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales 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 efectúe el pago.

Frente a su causación, ha establecido la misma Corporación, que: *"se causan a partir del plazo máximo de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también *"cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales"* (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, encuentra la Sala que resulta procede la imposición de esta condena, toda vez que la negativa del reconocimiento no deviene de las excepciones contempladas en las sentencias referidas con anterioridad, es decir que, no existieron razones serias y atendibles para privar a la señora Edilma Bonilla de la prestación deprecada, pues como quedó acreditado dentro de este juicio, la pensión se encuentra causada desde el 30 de abril de 1996, fecha en la que se produjo el deceso del señor José Ignacio Chaparro García.

Frente al término con que cuenta la administradora para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, contrario a lo manifestado por el apoderado de la entidad pública, tiene sentado la Sala que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 717 del 2001 es de **dos meses después de radicada la solicitud** por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

En el presente caso, se evidencia que la demandante elevó petición a Colpensiones solicitando el derecho aquí reclamado el 13 de mayo de 2019 (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 40 a 48), por lo que la entidad tenía hasta el 13 de julio de 2019 para reconocer la pensión y como no lo hizo, comenzarían a correr los intereses moratorios desde el **14 de julio del 2019** hasta el momento en que se efectúe el pago, sin embargo, la juzgadora de conocimiento determinó un fecha posterior, sin que esta conclusión haya sido objeto de censura, por lo que se dispone confirmar la sentencia en los a que a este punto objeto de apelación se refiere.

13. Indexación de las mesadas adeudadas. Finalmente, frente a los argumentos esbozados por el apoderado de la parte demandante, se debe advertir que la sala no acoge la tesis planteada, pues contrario a lo sostenido por el recurrente, conforme lo ha explicado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 856-2021 los intereses moratorios y la indexación son incompatibles, ya que la indexación se entiende incluida en los intereses.

14. Costas. En esta instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral 3° de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2023, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el cual queda así:

“TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a **PAGAR** a la señora EDILMA BONILLA la suma de \$ 89.453.841 por concepto del retroactivo pensional causado desde el 01 de julio de 2016 hasta el 31 de octubre de 2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia; se autoriza igualmente a Colpensiones para que descuenten del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud”

SEGUNDO: En lo demás, se **MANTIENE** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

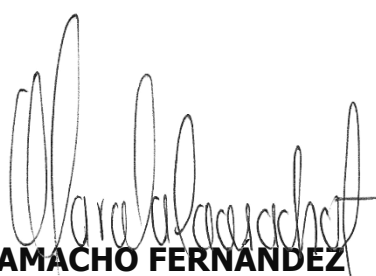

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **Edilma Bonilla** y a cargo de la demandada **Colpensiones** el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS ARTURO CUBILLOS CASTILLO
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 110013105-001-2020-00220-02
Tema: PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ – APELACIÓN DEMANDANTE
- CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Arturo Cubillos Castillo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 1281 de 1994 y el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo que le resulta aplicable lo previsto en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990; en consecuencia, se disponga el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión especial de vejez, por actividad de alto riesgo - exposición a altas temperaturas a partir del cumplimiento de los 44 años de edad, junto con el pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 21 de mayo de 1960, cotizando al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, un total de 1.552 semanas, de las cuales 1.503 semanas fueron cotizadas con exposición a altas temperaturas; refiere que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 15 años de cotizaciones, siendo así, mediante la Resolución No 9365 del 18 de marzo de 2011, el ISS dio cumplimiento de fallo judicial proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso radicado 2009-00394. De acuerdo con las consideraciones esbozadas por la sede judicial, el afiliado logró acreditar a 1.503 semanas e actividades de alto riesgo por exposición a altas temperaturas, por tanto, le asiste derecho a que su edad sea disminuida en 15 años y 6 meses, adquiriendo su estatus de pensionado el 21 de diciembre de 2004; que dentro de este proceso no se solicitó el reconocimiento de la mesada adicional de junio, como tampoco fue objeto de estudio por el Juzgador, por lo que el 29 de mayo de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de esta mesada, la que fue resuelta de manera desfavorable en la Resolución SUB 194516 del 23 de julio de 2019, aduciendo para el efecto lo decidido en el fallo preferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, decisión que fue confirmada en las Resoluciones SUB 282715 del 15 de octubre de 2019 y DPE 950 del 20 de enero de 2020, a través de los que se resuelven los recursos de reposición y apelación (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 37 a 48 y 53 a 68)

2. Contestación de la demanda. Conforme lo dispuesto en proveído del 22 de abril de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Colpensiones, providencia que fue confirmada en su integridad por esta Corporación el 31 de agosto de la misma anualidad (Expediente digital, PDF 02AutoTieneNoContestada y PDF 06CuadernoTribunal).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 79 a 81); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de agosto de 2023, en la que el fallador absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y gravó en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, sostuvo que no se encontraba en discusión que el actor era beneficiario del régimen de transición, contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 1281 de 1994, en vista que para su entrada en vigencia contaba con 15 años de servicios cotizados en actividades de alto riesgo, ello, por cuanto el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de fecha 16 de abril de 2010 reconoció pensión de vejez por alto riesgo, en virtud de ello, mediante Resolución No. 9365 del 18 de marzo de 2011 fue reconocida la prestación por parte de ISS a partir del 1 de agosto de 2008, en cuantía de \$2.698.980 pesos.

Teniendo en cuenta que el accionante solicitaba el reconocimiento de la pensión a partir del 21 de mayo de 2004, consideró que en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, le asistiría derecho a que su derecho fuera reconocido para la fecha del cumplimiento de los 44 años de edad en la medida que el pensionado cotizó 1503 semanas en actividades de alto riesgo, sin embargo, continuó laborando hasta el 4 de julio de 2008, requiriéndose para el disfrute de la pensión la desafiliación al régimen, ello, atendiendo lo dispuesto en el artículo 13 del decreto 758 en 1990. De modo que el reconocimiento de la prestación pensional solo sería a partir del 1 de agosto de 2008, tal y como lo definió la entidad en la Resolución 9365 del 18 de marzo de 2011.

Frente al reconocimiento de la mesada 14, expuso que no le asistía derecho a su reconocimiento, en la medida que conforme lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, a pesar de causarse la pensión especial de vejez antes del 31 de julio de 2011, lo cierto es que la prestación pensional supera los 3 salarios mínimos legal vigentes, en la medida que la misma se reconoció en la suma de \$2.698.980 para el año 2008 (Expediente digital, Archivos 13 y 14).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que, no se discute la calidad de trabajador de alto riesgo del actor, que cotizó 1.552 semanas, de las cuales 1.503 fueron en actividades de alto riesgo – exposición a altas temperaturas, tal y como fue considerado por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, a pesar de lo anterior, considera que la causación del derecho se produce el 21 de mayo de 2004, como quiera que en los términos del artículo 15 del Decreto 758 de 1990, la edad para el derecho a la pensión de vejez, se disminuirán en un año por cada cincuenta semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta semanas cotizadas, por lo anterior, al tomar las 1.503 semanas cotizadas por el actor en actividades del alto riesgo y al descontarle 750 semanas, da un resultado de 753 semanas adicionales, las cuales divididas por 50 semanas, da un total de 15,06 años, lo que dan lugar a la adquisición o la causación del derecho a partir del cumplimiento de los 44 años y 6 meses de edad.

Frente a la mesada 14, refiere que el actor cumple con los requisitos de edad y tiempo, el 21 de diciembre del año 2004, por lo tanto, no hay lugar a la aplicabilidad del parágrafo del Acto Legislativo, por lo que el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada 14 debe darse sin distinción alguna,

Finalmente, expone que los intereses moratorios resultan procedentes cuando se trata de reliquidación pensional o el pago de mesadas adicionales, conforme lo manifestado con la Corte Suprema de Justicia, criterio que ha sido acogido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y los Juzgados Laborales de este mismo circuito (Expediente digital, 13AudienciaArt.80).

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones alegó en su favor que, es jurídicamente inviable para la entidad, desconocer o modificar lo que en su momento se estableció a través del proceso judicial máxime cuando las decisiones judiciales hacen tránsito a cosa juzgada, figura jurídica que propende porque dichas providencias, una vez proferidas dentro del proceso, con respeto de las garantías procesales establecidas, y en firme se vuelvan inmutables y gocen de la obligatoriedad del caso para todas los interesados, siendo estas personas naturales o jurídicas, señaló que, inclusive entidades de derecho público como es el caso de Colpensiones, las cuales por su naturaleza, están sometidas al ámbito exclusivo de lo que la misma ley les permita.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el actor se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El demandante tiene derecho a que la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo a partir del cumplimiento de los 44 años de edad, esto es desde el 21 de mayo de 2004?; (ii) ¿Al demandante le asiste derecho al pago de la mesada 14 o adicional de junio, o si por el contrario su derecho se vio afectado como consecuencia de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005?; en caso de salir avantes estas pretensiones (iii) ¿Proceden los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que el demandante nació el 21 de mayo de 1960, a quien Colpensiones mediante Resolución No. 009365 del 18 de marzo de 2011, dando cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, reconoció pensión especial de vejez a partir del 1 de agosto de 2018, fecha en la que se retiró de trabajar, en cuantía de \$2.698.980; que el promotor de la contienda es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hechos que se coligen, entre otra documental, de la fotocopia de la cédula de ciudadanía y del acto administrativo antes referido (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 5 y 8 a 10).

4. Pensión de vejez por actividad de alto riesgo

4.1. Noción. La pensión especial de vejez es una prestación que reconoce el sistema general de seguridad social en pensiones, que se otorga con miramiento a las condiciones

nocivas para la salud a que ha estado el trabajador durante su vida laboral y, por tanto, se concede con unos requisitos exceptuados de las normas generales.

4.2. Normatividad. Esta pensión fue estatuida en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 15 del Decreto 758 de 1990, luego el entonces Ministerio del Trabajo y la Protección Social en uso de sus facultades especiales, expidió el Decreto 1281 de 1994, el cual consagró nuevas condiciones para acceder a la pensión de vejez, entre las cuales para su reconocimiento se requería contar con 55 años de edad y 1000 semanas cotizadas de las cuales mínimo 500 hubiesen sido cotizadas ejerciendo actividades de alto riesgo, estableciendo además que la edad para acceder a la pensión se reduce en un año por cada 60 semanas que superen las primeras 1000, sin que pueda ser inferior a los 50 años. En dicho Decreto se estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia del citado decreto tengan 35 o más años de edad para el caso de las mujeres, 40 años o más de edad para el caso de los hombres, o contar con 15 años de servicios o su equivalente en semanas de cotización, exigencias que cumple cabalmente el actor y tampoco son objeto de cuestionamiento alguno en esta instancia.

Conforme lo anterior, considera la recurrente que se debe declarar que la causación del derecho se produce el 21 de mayo de 2004, esto es a partir del cumplimiento de los 44 años y 6 meses de edad, conforme la disminución de la edad en virtud del tiempo de cotización en actividades de alto riesgo, conforme lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990.

5. Cosa juzgada. Con el ánimo de dilucidar este aspecto, sea lo primero advertir que se observa por parte de esta corporación que el asunto objeto de controversia fue previamente definido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso 2019-00394-00, en donde se estableció que la pensión especial de vejez debía ser reconocida a partir del 1 de agosto de 2008; así las cosas, se deberá establecer si se configura la excepción de cosa juzgada.

Frente a ello, es menester recordar que la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro. Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes (*eadem personae*), entendiéndose que no es la identidad de las personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto (*eadem res*), que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa (*eadem causa petendi*), que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

Conforme a lo expuesto y de cara a la sentencia de primera instancia dictada en el proceso inicialmente surtido entre los mismos contendientes que resolvió la situación del ahora accionante, fuerza concluir que en torno a la procedencia de la prestación, la fecha de su causación y disfrute, así como su cuantía, existe determinación que impide pronunciamiento en tal sentido, de allí que no sea procedente revivir una discusión que se agotó plenamente en un proceso anterior que hizo tránsito a cosa juzgada, como mal pretende la actora.

En efecto, se allegó copia de la sentencia en la que se verifica que efectivamente en proceso anterior el convocante a juicio solicitó que se declarara que era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en consecuencia, se le reconociera, liquidara y pagara por parte del otrora ISS, la pensión especial de vejez a partir del 21 de mayo 2006, sustentando estos pedimentos en que laboró para Cristalería

Peldar S.A. por un espacio de 29 años, 2 meses y 2 día, desarrollando actividades de alto riesgo por exposición a altas temperaturas, efectuando cotizaciones al ISS desde el 26 de marzo de 1979 hasta el 4 de julio de 2008, fecha en que se produjo su retiro de la empresa (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 27 a 36).

De esa actuación emana la sentencia adiada 16 de abril de 2010, que fue proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso 12-2019-00394-00, mediante la cual condenó al extinto ISS al pago de la pensión especial de vejez a partir del 1 de agosto de 2008, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como se observa, se configura el medio exceptivo que nos ocupa, en la medida que se presenta identidad de partes objeto, causa y causa, sin que le sea permitido a esta Corporación revocar ni reformar la decisión que ya se adoptó en proceso anterior, advirtiendo que del contenido de la sentencia primigenia, se extrae que el señor Cubillos causó la prestación a partir del 21 de mayo de 2006, sin embargo, su disfrute debía ser a partir del 1 de agosto de 2008, "fecha en que se retiró de trabajar", lo que no habilita a la Sala para remover la inmutabilidad de la decisión judicial que ya se tomó en ese sentido, en tanto que pudo el actor ante dicha situación solicitar al Juzgado aclaración o adición de la sentencia en los términos del artículo 309 y siguientes del CPC, norma vigente para la fecha de su emisión, o controvertir en sede apelación ante el superior, circunstancias que no se dieron, pues así se concluye luego de verificar el módulo de consulta de procesos de la Rama Judicial, ello también se advierte del contenido de la Resolución del reconocimiento del derecho pensional.

De tal suerte que, si el actor no se encontraba de acuerdo con la decisión tomada por el juez de primera instancia, el mecanismo idóneo que debió utilizar, era el recurso de apelación, del cual no hizo uso en su momento y, por tanto, con tal omisión permitió que cobraría ejecutoria la sentencia en los términos en que fue proferida. Por manera que los argumentos que esgrime en su apelación relacionados con establecerse como fecha de causación de la pensión especial de vejez el 21 de mayo de 2004, ello en virtud de la disminución de la edad en relación con el tiempo cotizado en actividades de alto riesgo, conforme lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, debieron exponer por vía de ese recurso contra la sentencia que dispuso ello, en ese entendido hoy resultan extemporáneos.

Y aunque el promotor de la contienda intenta revivir la discusión en torno a modificar la fecha en que se declaró la causación y el disfrute de la prestación, ello en virtud de la densidad de semanas acumuladas, tal circunstancia no constituye un hecho procesal nuevo como mecanismo excepcional para restarle operatividad al fenómeno de la cosa juzgada.

Por lo anterior, es claro que el fallador de primer grado, no tuvo en cuenta que el asunto que concita la atención de esta sala de decisión, había sido previamente definido por autoridad judicial, lo que le impedía estudiar de fondo la procedencia la petición de reconocimiento de la pensión especial de vejez en fecha anterior a la establecida en el juicio ordinario 12-2019-00394-00, si bien, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Colpensiones, ello no representaba ningún impedimento para que se declarara de oficio este medio exceptivo, como quiera que así lo permite el artículo 282 del estatuto procesal general.

A pesar que los razonamientos expuestos por el aquo son totalmente contrarios a los esbozados en esta providencia, se deberá confirmar el sentido del fallo, en lo que a esta disquisición se refiere.

6. Mesada adicional de junio. Previo abordar el estudio de este tema, se debe hacer hincapié que la decisión adoptada el 16 de abril de 2010 dentro del proceso 12-2019-00394-00 por parte del Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, no efectuó pronunciamiento alguno al respecto.

Acorde con la situación planteada, es necesario precisar que, por virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, se les concedió el derecho al pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, la cual se cancela con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

No obstante, ha de decirse que conforme a la sentencia C-409-1994 la mesada catorce es procedente para todos los pensionados, con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1º de enero de 1988.

Ahora bien, tal y como lo sostiene la recurrente, por virtud del Acto Legislativo 001 del 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se **cause** a partir de la vigencia de dicha reforma constitucional, no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, excepto para quienes perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la misma se **cause** antes del 31 de julio del 2011, pues en este caso dichas personas tendrán derecho a 14 mesadas al año.

En consecuencia, para determinar si en efecto, la reforma constitucional del año 2005 tuvo la virtud de afectar el derecho del demandante a percibir la mesada catorce, es necesario determinar cuándo se causó su derecho a la pensión por vejez, recabando que el inciso 8 de dicho acto legislativo precisó que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, es decir, con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como la demás condiciones que señala la ley.

Bajo ese contexto, conforme se dejó sentado en forma pretérita, en su oportunidad el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, al definir la procedencia la pensión especial de vejez, estableció que esta se había causado el 21 de mayo de 2006 data en la que acreditó el cumplimiento de la edad y el tiempo de servicios, no obstante que su disfrute fuese a partir del 1 de agosto de 2008.

De lo anterior, es claro que, si bien, el derecho pensional del promotor de la Litis se causó antes del 31 de julio del 2011, lo cierto es que el valor de su mesada pensional para el año 2006 correspondió a la suma de **\$2.444.176,73**, dada al deflacte¹ realizado a la mesada pensional que le fue reconocida por el otrora ISS mediante Resolución 009365 del 18 de marzo de 2011, esto es, la suma de **\$2.698.980**, cuantía que también fue objeto de definición dentro del proceso 12-2019-00394-00 tramitado en el Juzgado Doce Laboral del Circuito.

Año	Variación Año Corrido	Mesada Pensional deflactada
2006	4,85	\$ 2.444.176,73

¹ Real Academia Española, pág. Web: <https://dle.rae.es/deflactar>

2007	4,48	\$ 2.553.675,84
2008	5,69	\$ 2.553.675,84

Así las cosas, el valor de **\$1.650.020**, suma a partir de la cual debió reconocer Colpensiones como mesada pensional a la fecha de **causación** de la pensión de vejez, supera los 3 SMLMV de la época, esto es, **\$1.224.000**, considerando que el salario mínimo para dicha anualidad equivalía a \$408.000, por manera que no procede el reconocimiento de la mesada 14 a su favor, conforme a los términos del Acto Legislativo 001 del 2005.

En ese sentido, no fue desatinada la conclusión que llegó el Juez primigenio al considerar que el actor no tenía derecho a la mesada reclamada, en tanto que no quedó duda alguna que la pensión reconocida al aquí actor se causó en vigencia del Acto reformatorio y que la misma, aunque concebida antes del 31 de julio de 2011, superó los 3 salarios mínimos mensuales vigentes para esa época, por ende, se impone confirmar la decisión objeto de censura.

En la medida que no existen acreencias pendientes por sufragar a instancia de Colpensiones y a favor del actor, así como tampoco ninguna de las pretensiones del accionante tuvo vocación de prosperidad, no hay lugar a efectuar estudio sobre la procedencia de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, bajo ese horizonte, sin que haya más por resolver, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme las previsiones realizadas anteriormente.

7. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo del demandante y a favor de Colpensiones, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de agosto de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a favor de Colpensiones y a cargo del demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



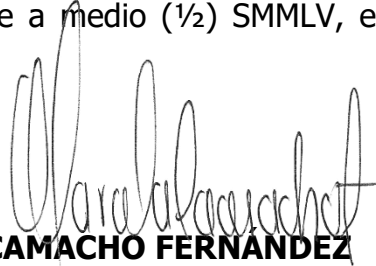
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Colpensiones y a cargo del demandante, el equivalente a medio ($\frac{1}{2}$) SMMLV, esto es, la suma de \$580.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: OFELIA CONTRERAS DE GÓMEZ Y SANDRA CECILIA AVENDAÑO
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 33-2016-00130-01
Tema: APELACIÓN - PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - MODIFICA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda.

1.1. Ofelia Contreras de Gómez. Instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que en virtud del vínculo matrimonial que existió con Héctor Julio Gómez Rueda, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. En consecuencia, solicitó que se condene a la encartada a pagar las mesadas pensionales a partir el 10 de septiembre de 2014, data de fallecimiento del causante, debidamente indexadas, junto con los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 26 de julio de 1948, y contrajo matrimonio el 22 de julio de 1967 con Héctor Julio Gómez Rueda, a quien le fue reconocida pensión de vejez por el ISS el 11 de noviembre de 2011. Refirió que el causante falleció el 10 de septiembre de 2014, con quien convivió de manera ininterrumpida desde la data de celebración del vínculo civil hasta la fecha del deceso, razón por la que solicitó reconocimiento de la sustitución pensional, misma que fue negada por la pasiva en tanto que Sandra Cecilia Avendaño petitionó a su vez el derecho pensional. (Expediente digital, PDF 01Expediente, pág. 2 a 10)

1.2. Sandra Cecilia Avendaño. Se vinculó a la litis mediante auto calendado del 28 de agosto de 2020, quien formuló demanda contra Ofelia Contreras de Gómez y Colpensiones, con el fin de que se declare que tiene derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente del causante Héctor Julio Gómez Rueda y, en consecuencia, se disponga a su favor el pago de las mesadas pensionales causadas desde la fecha en que se produjo el fallecimiento, debidamente indexadas, junto con las costas procesales.

En sustento de sus pretensiones indicó que convivió con el señor Héctor Julio Gómez Rueda desde el 12 de agosto de 2002 de manera continua e ininterrumpida hasta el 10

de septiembre de 2014, día de su fallecimiento. Refirió que el causante se comportó como un padre para sus hijos, ayudándolos en su crianza y orientándose con amor y respeto.

(Expediente digital, PDF 07SubsanaciónDemandaInterviniente)

2. Contestación de la demanda de Ofelia Contreras de Gómez

2.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que se presentó a reclamar la sustitución pensional la señora Sandra Cecilia Avendaño el 3 de octubre de 2014, por lo que a causa de ello efectuó investigación administrativa para determinar a cuál de las dos reclamantes le asiste el derecho prestacional y en qué proporción; sin embargo, no pudo establecer a quién de las dos reclamantes le corresponde el derecho, de ahí que dejó en suspenso la prestación económica.

Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1° al 4°, 6°, 9° a 12° relacionados con que el señor Héctor Julio Gómez Rueda antes de su fallecimiento percibía pensión de vejez y la solicitud y negativa del derecho pensional a la actora. Respecto de los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 01Expediente, pág. 48 a 55)

2.1. Sandra Cecilia Avendaño. A través de Curador Ad Litem contestó demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que se atiene a lo probado en el proceso. Aceptó las situaciones fácticas enlistadas en los numerales 2° a 4°, 6°, 11° y 12° y, frente a los demás indicó no constarle. No formuló excepciones de fondo. (Expediente digital, PDF 01Expediente, pág. 97 a 99)

3. Contestación de la demanda de Sandra Cecilia Avendaño

3.1. Colpensiones. En respuesta a la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que el único requisito exigido para ser acreedora del derecho pensional es que haya convivido durante los últimos 5 años con el causante, lo cual no se demostró de cara al informe de investigación No. 10002 de 2015, de ahí su negativa. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo debido, caducidad, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social de orden público y genérica (expediente digital, PDF 09ContestaciónColpensiones)

3.2. Ofelia Contreras de Gómez. En providencia adiada 23 de noviembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda incoada por Sandra Cecilia Avendaño.

4. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma en el proceso; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en estos.

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de marzo de 2023, en el que el fallador de primera instancia declaró que las demandantes son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes y, en tal virtud, condenó a Colpensiones a pagar a favor de Ofelia Contreras de Gómez el 67.40% de la prestación, mientras que el 32.59% a Sandra Cecilia Avendaño. Así mismo, ordenó el pago del retroactivo pensional causado a partir del 10 de septiembre de 2014, debidamente indexado. Por último, gravó en costas a ninguna de las partes.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, acudió a lo dispuesto en el 13 de la Ley 797 de 2003, para a continuación precisar que la pensión de sobrevivientes será otorgada a la persona que haya convivido los últimos 5 años con el causante en forma que lo dicta la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 82455 de 2021. Dijo que el concepto de convivencia se basa en el ánimo o la voluntad de construir un proyecto de vida en común basado en apoyo mutuo y moral, afecto y solidaridad entre sus miembros. Acotó que debe ser material, sin que puedan ser meras manifestaciones formales.

Seguidamente, se dispuso a verificar la convivencia alegada por las partes, para lo cual analizó los medios de convicción obrantes en el proceso. En cuanto a Ofelia Contreras de Gómez precisó que el caudal probatorio daba cuenta de que contrajo con el causante matrimonio, fruto del cual tuvieron tres hijos, relación que, si bien se mantuvo en el tiempo, empero no lo fue hasta el día en que se produjo el fallecimiento, aspecto que se ratifica con los medios probatorios allegados por la compañera permanente, mismos que dan cuenta de que el causante la visitaba constantemente para apoyarla en temas económicos y participar en reuniones familiares, de ahí que se demuestre la convivencia, pero no dentro de los extremos temporales señalados en la demanda.

Atinente a la señora Sandra Cecilia Avendaño le dio credibilidad a su declaración en tanto que coincidía con lo manifestado por Ofelia Contreras de Gómez. Lo anterior en la medida que la primera de ellas dijo que con el causante iniciaron una relación sentimental en el año 2002 y a los pocos meses se fueron a convivir, ante la separación que se dio con su cónyuge con ocasión a los problemas económicos por los que atravesaban, situación que ratificó la segunda de estas. Así, confirmó con los demás medios suasorios el apoyo mutuo y emocional que existió entre la pareja, al punto que el fallecido fue una figura paterna para sus hijos, razón por la que tuvo por acreditada la convivencia requerida entre ellos.

Con todo lo anterior, concluyó que la convivencia entre Ofelia Contreras de Gómez y el causante se dio entre 22 de julio de 1967 hasta el año 1992, lo que arroja un 67.40% de la mesada pensional que por derecho le corresponde. En cuanto a los extremos de convivencia de Sandra Cecilia Avendaño con el fallecido, dijo que se dio a partir del 12 de agosto de 2002 al 10 de septiembre de 2014, de ahí que le corresponde el 32.59% de la prestación económica que le reclama.

6. Impugnación y límites del ad quem

6.1. Ofelia Contreras de Gómez. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación aduciendo que se ha cometido un error aritmético en cuanto al extremo final de la convivencia, ya que debió ser el año 1996 y no 1992, de cara a la prueba testimonial y documental del cual se sirvió el juez de conocimiento, para acceder a la pensión de sobrevivientes. Dijo que no desconocía de las calidades humanas de la cónyuge y compañera permanente; sin embargo, en este tipo de relaciones de personas que cuentan con edad de 65 años o más, como lo fue el causante, es muy posible que aquel inició convivencia con la señora Avendaño, empero continuó ejerciendo sus deberes como cónyuge, no solo proporcionando dinero, sino, además, cariño y afecto, por lo que hubo una convivencia simultánea hasta su fallecimiento.

6.2. Sandra Cecilia Avendaño. En sustento de su apelación refirió que el A quo no tuvo en cuenta el criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la medida que, para acceder a la pensión de sobrevivientes, se requiere acreditar 5 años de convivencia continuos antes del fallecimiento del causante, aspecto que no probó la cónyuge supérstite.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Ofelia Contreras de Gómez. Alegó en su favor aduciendo que, quedaría desprotegida si se le reconoce un porcentaje inferior al ya reconocido mediante sentencia de primera instancia, por manera que solicitó que se disminuya el porcentaje pensional a Sandra Cecilia Avendaño, toda vez que quedó verificado que convivió en mayor tiempo con el causante fallecido, quien era su apoyo económico y moral.

7.2. Sandra Cecilia Avendaño. Dijo que no solo demostró contundentemente su calidad de compañera permanente, sino, su convivencia con el causante durante más cinco años anteriores a la muerte de este. Advirtió que la actora no pudo desvirtuar que hubiese cesado la vida marital que sostenía con el fallecido desde hacía más de 10 años antes de iniciar la convivencia con ella, esto es desde antes del año 2002, razón por la cual no puede entenderse que aquella cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente que reclama, que para tal efecto se encuentran establecidos en la ley y que han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia.

7.3. Colpensiones. En su escrito de alegaciones adujo que no se demostró que existiera convivencia de forma permanente e ininterrumpida entre las demandantes y Héctor Julio Gómez Rueda dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, en los términos de la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por las demandantes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta a favor de Colpensiones en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Problemas Jurídicos. (i) ¿La prestación reclamada deberá ser compartida entre la cónyuge superviviente y la compañera permanente del señor Héctor Julio Gómez Rueda, proporcionalmente atendiendo el tiempo de convivencia que tuvo con las señoras Ofelia Contreras de Gómez y Sandra Cecilia Avendaño?; (ii) De ser afirmativa la respuesta ¿A partir de que data y en qué proporción debe ser su reconocimiento?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Héctor Julio Gómez Rueda se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 5365287, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 10 de septiembre de 2014. (Expediente digital, PDF 01Expediente, pág. 15)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 10 de septiembre de 2014. Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado. No se discute que Héctor Julio Gómez Rueda fue pensionado por el extinto Instituto de Seguros sociales hoy Colpensiones, por medio de Resolución No. 126889 de 11 de septiembre de 2011. (Expediente digital, PDF 01Expediente, págs. 13 y 14)

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003, establece que tendrán

derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes. El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 25 de diciembre de 2015, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

8. Tiempo de convivencia. Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la demandante o la compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

8.1. Derecho reclamado por la señora Ofelia Contreras de Gómez

8.1.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Ofelia Contreras de Gómez nació el 26 de julio de 1948, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía, luego para la muerte de Héctor Julio Gómez Rueda contaba con 66 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

8.1.2. Calidad de cónyuge supérstite. Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto que Ofelia Contreras de Gómez contrajo matrimonio con Héctor Julio Gómez Rueda el 22 de julio de 1967, sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado.

8.1.3. Prueba de la convivencia de la cónyuge. Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de "*ser miembro del grupo familiar*", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación

No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en **todos los eventos** que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

El anterior criterio se mantiene vigente en los casos en que la pensión de sobreviviente sea perseguida por la compañera permanente, no así frente a la cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010-19, SL5169-19 y SL4771-2020.

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Héctor Julio Gómez Rueda y teniendo en cuenta que la demandante arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando que se recaudó la declaración de Janeth González Mahecha (nuera de la demandante), quien afirmó que el fallecido laboraba como conductor a favor de una petrolera, lo que le implicaba que debía trasladarse de ciudad, pero una vez culminada con su labor, regresaba a su hogar. Dijo que el señor Gómez vivía pendiente de su cónyuge, a quien le suministraba los gastos que demandaba el hogar, además, pasaba festividades y fiestas con su familia, quienes nunca se separaron. No obstante, aclaró que se percató de la existencia de Sandra Cecilia Avendaño, quien fue presentada por el causante como una amiga, además, precisó que en casa de ella falleció el pensionado, encargándose de las honras fúnebres.

Incorporó la promotora del litigio el testimonio de Nidia Roncancio Aldana (vecina), quien de entrada corroboró lo declarado por la señora Janeth Gonzales Mahecha, informando que, dada la labor de conductor que ejercía el causante, aquel pernoctaba en otras ciudades durante aproximadamente dos meses; no obstante, una vez finiquitada su actividad laboral, regresaba al hogar, a quien siempre veía en festividades. Dijo que no conoció a la señora Sandra Cecilia Avendaño, sino hasta el momento del sepelio del causante, además, que conoció a una de las cuatro hijas que tuvo con la señora "Gilma". Narró que el señor Héctor Julio Gómez Rueda respondía económicamente por todas las obligaciones del hogar, dado que su cónyuge hacía actividades de costura, dinero que no le era suficiente para sufragar los gastos de la casa. Por último, manifestó que el fallecido mantuvo relaciones extramatrimoniales, más sin embargo no abandonó el hogar, si se

separó de su cónyuge, en la medida que siempre procuró por el cuidado y atención de su esposa.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que efectivamente alcanzó demostración la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para acceder a la prestación pensional solicitada, sin que el interrogatorio de parte que se le practicó a la actora tenga la suficiencia para infirmar las declaraciones que se recibieron, pues ésta ratificó lo aseverado por Janeth Gonzales Mahecha y Nidia Roncancio Aldana, es decir, la convivencia real y efectiva con vocación de permanencia y conformación de vínculos de afecto, solidaridad y socorro mutuo desde que contrajo matrimonio hasta la data en que se produjo el fallecimiento del pensionado.

En efecto, al surtir el interrogatorio de parte refirió que estuvo casada con el señor Héctor Julio Gómez Rueda desde el 22 de julio de 1967, con quien tuvo tres hijos. Señaló que su esposo falleció en casa de Sandra Cecilia Avendaño, a pesar de que previamente le había dicho que realizaría actividades de conducción fuera de la ciudad con un amigo. Dijo que su esposo permanecía fuera de la ciudad de dos a tres meses, tiempo durante el cual sufragaba los gastos del hogar, lo cual continuó haciendo cuando adquirió su pensión de vejez, dado que efectuaba labores de albañilería en el departamento de Sucre. Narró que previamente al deceso de su cónyuge conoció a la señora Sandra Cecilia Avendaño, pues era allegada a la familia, persona que le hizo saber del fallecimiento del pensionado y quien se hizo cargo del sepelio. Señaló, además, que su esposo mantuvo una relación extramatrimonial con la señora "Gilma", con quien tuvo cuatro hijas, a quienes conoce. Así las cosas, sin mayor esfuerzo se colige de sus respuestas que se estaba en presencia de una relación sentimental con vocación de permanencia, sin que se redujera a la sola circunstancia de encuentros temporales y discontinuos, pues de forma coherente y precisa declararon que nunca abandonó el hogar y con la contundencia requerida dieron cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones que se consolidó a partir del vínculo matrimonial y hasta el día del fallecimiento del causante.

En este punto resulta necesario precisar que, si bien en el recurso de apelación interpuesto por Ofelia Contreras de Gómez se enunció en un primer momento que el a quo había cometido un error aritmético en cuanto al extremo final de la convivencia, ya que debió ser el año 1996 y no 1992, lo cierto es que con posterioridad manifiesta que la convivencia simultánea tuvo lugar hasta su fallecimiento, hecho que se acreditó.

También es preciso anotar que, respecto a los alcances del concepto de convivencia o vida marital, como presupuesto esencial para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes, Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, también ha puntualizado que ésta no desaparece por el solo hecho de que los cónyuges o compañeros permanentes no puedan vivir bajo el mismo techo por circunstancias particulares originadas en motivos de trabajo, salud o fuerza mayor, siempre que ese distanciamiento no implique la pérdida de la comunidad de vida o lo que es lo mismo, el afecto, auxilio mutuo, apoyo económico y acompañamiento espiritual que le son inherentes a la vida en pareja o marital. (sentencia rad. 31921 del 22 julio de 2008)

Criterio jurisprudencial que resulta oportuno traer a colación, en tanto que las pruebas relacionadas son coincidentes en que la pareja cohabitó bajo el mismo techo y sin interrupción alguna y a pesar de que las testigos y la actora señalaron que hubo distanciamiento debido a la actividad laboral que ejerció el pensionado que lo obligaron ausente de su hogar, lo cierto es que tales manifestaciones no deben observarse de forma literal, para decir que no hubo comunidad de vida entre la pareja, en la medida que de su dicho se desprende de que a pesar de la distancia entre la pareja, la convivencia se mantuvo y estuvo guiada por la ayuda mutua y la unión familiar, procurando cuidado y

atención solidaria, elementos estos, entre otros, característicos de una verdadera relación de pareja, sea entre compañeros permanentes o cónyuges.

Forzoso es concluir entonces, que la promotora del proceso allegó prueba idónea que demostró convivencia que aduce tuvo con el causante durante los últimos cinco (5) años de vida de éste y que exige el art. 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes. Así, es claro que el periodo de convivencia entre el pensionado fallecido y la actora Ofelia Contreras de Gómez que deberá tenerse en cuenta para la prestación económica es el comprendido entre el 22 de julio de 1967 al 10 de septiembre de 2014. En ese sentido, se modificará la sentencia de primer grado.

8.2. Derecho reclamado por la señora Sandra Cecilia Avendaño

8.2.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Sandra Cecilia Avendaño, según da cuenta su cédula de ciudadanía nació el 1º de mayo de 1961, luego para la muerte del señor Héctor Julio Gómez Rueda que se produjo el 10 de septiembre de 2014, contaba con 53 años cumplidos.

8.2.2. Calidad de Compañera Permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle la convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 del 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

8.2.3. Prueba de la convivencia de la compañera permanente. En relación con el derecho que le asiste a la señora Sandra Cecilia Avendaño en calidad de compañera permanente, ha de precisar la Sala que analizado en su conjunto el material probatorio obrante en el proceso, se observa acreditada la convivencia en los términos señalados por el A quo, tal como se expone a continuación:

En lo atinente a los testigos, compareció a declarar el señor Juan David Uribe, hijo de la actora y quien recuerda que conoció al señor Héctor Julio Gómez Rueda, cuando contaba con la edad de siete u ocho años aproximadamente. Señaló que aquel se volvió pareja sentimental de su progenitora, quienes se fueron a vivir al municipio de Funza (Cundinamarca), además, indicó que fue su papá de crianza y figura paterna. Narró que el pensionado falleció de camino al hospital producto de un infarto que le dio en casa de su madre, aunado a que conoció a la señora Ofelia Contreras de Gómez, ex esposa del causante, con quien compartía en reuniones familiares. Dijo que la pareja conformada con su señora madre, existían lazos de solidaridad y apoyo mutuo y a pesar de que dada su actividad de conductor se ausentaba por periodos largos, nunca se separaron.

Por su parte, Omaira Arteaga Correa, vecina de la demandante, en su declaración aseguró que conoce a la demandante desde el año 2002, así como al señor Héctor Julio Gómez Rueda, compañero permanente de ella y quienes convivieron desde dicha data hasta al día de su fallecimiento, comportándose como un padre de crianza de sus hijos. Conoció

que el causante viajaba continuamente dada su labor de conducción que efectuaba, además, que compartió con la pareja festividades y cumpleaños, por lo que se dio cuenta que el sostenía económicamente el hogar. También acudió como testigo el señor Librado Alonso Rey (vecino de la demandante), quien señaló que conoció a la señora Avendaño desde hace 18 años y por tal razón se dio cuenta de que sostenía una relación sentimental con Héctor Julio Gómez Rueda desde esa época.

Así las cosas, es claro para la Sala que la compañera permanente del causante demostró el requisito de la convivencia con el causante por lo menos desde el año 2002 hasta la fecha del deceso, pues, emerge sin duda la existencia de la unión de la pareja con vocación de permanente, solidaridad y socorro mutuo, de ahí que se mantendrán en firme las inferencias que tomó el A quo, es decir, que la convivencia con vocación de permanencia entre el pensionado y la compañera permanente se produjo desde 12 de agosto de 2002 hasta 10 de septiembre de 2014, cumpliéndose con cabalidad el requisito de convivencia en los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.

9. La proporción de la pensión de sobrevivientes que corresponde a la compañera permanente y a la cónyuge supérstite. Ahora, como quiera que fue materia de apelación la proporción de la pensión de sobrevivientes, la Sala procederá a resolver sobre tal cuestión, recordando que a la señora Ofelia Contreras de Gómez debe tenerse en cuenta para la pensión que pretende sucederse el tiempo comprendido entre el 22 de julio de 1967 al 10 de septiembre de 2014; mientras que a la señora Sandra Cecilia Avendaño el equivalente desde 12 de agosto de 2002 al 10 de septiembre de 2014. Conforme a lo anterior, se tiene que la convivencia del causante con la señora Ofelia Contreras de Gómez lo fue del 22 de julio de 1967 al 10 de septiembre de 2014, es decir, convivieron **47 años, 1 meses y 18 días**. En lo que respecta a la señora Sandra Cecilia Avendaño, lo será entonces desde el 12 de agosto de 2002 al 10 de septiembre de 2014, es decir, convivencia por **12 años y 28 días**.

Bajo lo dicho, teniendo en cuenta que al valorar el material probatorio obrante en el proceso la Sala encuentra acreditado supuestos de hecho que legitiman el derecho tanto de la cónyuge como de la compañera del causante, atendiendo al criterio de justicia y equidad, así como a la finalidad de la sustitución pensional, se zanjará el presente conflicto, teniendo en cuenta que el monto de la pensión es proporcional al tiempo convivido, por lo que encuentra la Sala que la suma de ambas convivencias arroja la suma de 21.316 días, por tanto, al hacer regla de 3 de la siguiente manera:

Pensión de sobreviviente Tiempo convivido 21.316 días	
Ofelia Contreras de Gómez Tiempo convivido 16.968 días	Sandra Cecilia Avendaño Tiempo convivido 4.348 días
21.316-----100% 16.968 ----- x	21.316 -----100% 4.348 ----- x
X= 79.60%	X= 20.40%

En consecuencia, se modificará la sentencia confutada en lo que hace a este aspecto, para en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a Ofelia Contreras de Gómez el 79.60% de la pensión de sobreviviente, mientras que el 20.40% de la citada prestación a Sandra Cecilia Avendaño.

10. Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afecta por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 10 de septiembre de 2014, la reclamación administrativa se presentó por Ofelia Contreras de Gómez el 17 de octubre de 2014, mientras que Sandra

Cecilia Avendaño el 3 del mismo día y mes, que fueron resueltas a través de Resolución GNR7025 del 16 de enero de 2015, por lo que debía desde allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 6 de abril de 2016, no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiñar que no operó el fenómeno prescriptivo. En consecuencia, se confirmará en lo que hace a este punto la sentencia apelada y consultada.

11. Retroactivo pensional. Consecuente con lo expuesto, una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$103.685.894,30** a favor de la señora Ofelia Contreras de Gómez, mientras que a favor de Sandra Cecilia Avendaño el equivalente a **\$26.572.766,89**, correspondientes a las mesadas causadas entre 10 de septiembre de 2014 al 31 de octubre de 2023. A partir del día siguiente Colpensiones deberá cancelar a la primera de la citadas la suma de **\$1.121.289,70** y a favor de la segunda de estas la suma de **\$287.365,70**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y se pagará por 13 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Héctor Julio Gómez Rueda, fue causada (1 de noviembre de 2011) con posterioridad a la vigencia del mismo. En tal sentido, se **MODIFICARÁ** los numerales 5º y 6º de la sentencia de primer grado.

Retroactivo Pensional Ofelia Contreras de Gómez							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Mesada Pensional	Porcentaje asignado	Valor Mesada	Nº. Mesadas	SubTotal
10/09/2014	31/12/2014	1,94	\$ 865.651,58	79.60%	\$ 689.058,65	4 mesadas y 20 días	\$ 3.215.607,03
1/01/2015	31/12/2015	3,66	\$ 897.314,35	79.60%	\$ 714.262,22	13	\$ 9.285.408,87
1/01/2016	31/12/2016	6,77	\$ 958.054,35	79.60%	\$ 762.611,27	13	\$ 9.913.946,46
1/01/2017	31/12/2017	5,75	\$ 1.013.142,48	79.60%	\$ 806.461,41	13	\$ 10.483.998,38
1/01/2018	31/12/2018	4,09	\$ 1.054.580,01	79.60%	\$ 839.445,69	13	\$ 10.912.793,91
1/01/2019	31/12/2019	6,00	\$ 1.117.854,81	79.60%	\$ 889.812,43	13	\$ 11.567.561,55
1/01/2020	31/12/2020	3.80	\$ 1.160.333,29	79.60%	\$ 923.625,30	13	\$ 12.007.128,89
1/01/2021	31/12/2021	1,61	\$ 1.179.014,66	79.60%	\$ 938.495,67	13	\$ 12.200.443,66
1/01/2022	30/11/2022	5,62	\$ 1.245.275,28	79.60%	\$ 991.239,12	13	\$ 12.886.108,60
1/01/2022	31/10/2023	13,12	\$ 1.408.655,40	79.60%	\$ 1.121.289,70	10	\$ 11.212.896,96
Total Retroactivo Pensional							\$ 103.685.894,30

Retroactivo Pensional Sandra Cecilia Avendaño							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Mesada Pensional	Porcentaje asignado	Valor Mesada	Nº. Mesadas	SubTotal
10/09/2014	31/12/2014	1,94	\$ 865.651,58	20.40%	\$ 176.592,92	4 mesadas y 20 días	\$ 824.100,31
1/01/2015	31/12/2015	3,66	\$ 897.314,35	20.40%	\$ 183.052,13	13	\$ 2.379.677,65
1/01/2016	31/12/2016	6,77	\$ 958.054,35	20.40%	\$ 195.443,09	13	\$ 2.540.760,15
1/01/2017	31/12/2017	5,75	\$ 1.013.142,48	20.40%	\$ 206.681,07	13	\$ 2.686.853,86
1/01/2018	31/12/2018	4,09	\$ 1.054.580,01	20.40%	\$ 215.134,32	13	\$ 2.796.746,18
1/01/2019	31/12/2019	6,00	\$ 1.117.854,81	20.40%	\$ 228.042,38	13	\$ 2.964.550,95
1/01/2020	31/12/2020	3.80	\$ 1.160.333,29	20.40%	\$ 236.707,99	13	\$ 3.077.203,89
1/01/2021	31/12/2021	1,61	\$ 1.179.014,66	20.40%	\$ 240.518,99	13	\$ 3.126.746,87
1/01/2022	30/11/2022	5,62	\$ 1.245.275,28	20.40%	\$ 254.036,16	13	\$ 3.302.470,04
1/01/2022	31/10/2023	13,12	\$ 1.408.655,40	20.40%	\$ 287.365,70	10	\$ 2.873.657,01
Total Retroactivo Pensional							\$ 26.572.766,89

12. Descuentos. Se autoriza igualmente a Colpensiones para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

13. Indexación. Se mantendrá incólume la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a Colpensiones la indexación de las mesadas a favor de las demandantes, ello con el fin de disminuir la pérdida de su poder adquisitivo como lo concluyó el fallador de primera instancia, esto es, desde la fecha de causación de cada mesada pensional hasta cuando se produzca el pago efectivo.

14. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 3°, 4°, 5° y 6° de la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., los cuales quedarán así:

“TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a OFELIA CONTRERAS DE GÓMEZ el 79.60% de la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento del señor HÉCTOR JULIO GÓMEZ RUEDA, cuya mesada corresponde a la suma de \$1.121.289,70, para el año 2023.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a SANDRA CECILIA AVENDAÑO el 20.40% de la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento del señor HÉCTOR JULIO GÓMEZ RUEDA, cuya mesada corresponde a la suma de \$287.365,70, para el año 2023.

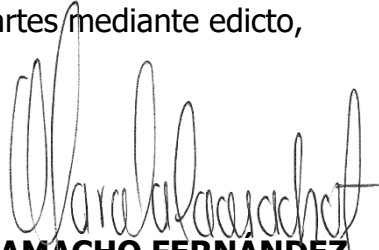
QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a OFELIA CONTRERAS DE GÓMEZ, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 10 de septiembre de 2014 hasta 31 de octubre de 2023 y por trece mesadas al año, suma que asciende a la suma de \$103.685.894,30. A partir del 1° de noviembre de 2023, deberá seguir reconociendo una mesada pensional en cuantía de \$1.121.289,70, que se incrementará anualmente, conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a SANDRA CECILIA AVENDAÑO, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 10 de septiembre de 2014 hasta 31 de octubre de 2023 y por trece mesadas al año, suma que asciende a la suma de \$26.572.766,89. A partir del 1° de noviembre de 2023, deberá seguir reconociendo una mesada pensional en cuantía de \$287.365,70, que se incrementará anualmente, conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre.”

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARMEN CECILIA ARIAS ORTEGA
Demandada: LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Radicado No.: 23-2021-00470-01
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL– APELACIÓN ACTORA-CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carmen Cecilia Arias Ortega instauró demanda ordinaria contra La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el propósito de que sea condenada a reliquidar la pensión de jubilación a partir del 9 de septiembre de 2000, teniendo en cuenta la tasa de reemplazo del 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, de conformidad con el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo del Banco Central Hipotecario; el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que mediante acta de conciliación núm. 1144 del 9 de septiembre de 2000, el Banco Central Hipotecario le reconoció pensión de jubilación con fundamento en el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo, en concordancia con el artículo 2.2 de la Circular PRE – No. 262, cuya cuantía inicial correspondió a \$534.053. Sostuvo que la citada entidad bancaria al momento de liquidar la prestación económica no tuvo en cuenta la tasa de reemplazo del 75% sobre los factores devengados.

Precisó que mediante las resoluciones No. 885 del 16 de abril de 2003 y No. 3840 del 27 de agosto de 2008, el Banco Central Hipotecario en Liquidación realizó conmutación pensional con el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, trasladando a esta última la obligación del pago de la mesada pensional, además, a través de acto administrativo N° SUB41803 del 16 de febrero de 2018 esta última entidad reconoció pensión de vejez compartida en cuantía de \$1.260.564 para el 1° de marzo de 2018. (Expediente digital, archivo PDF

05SubsanaciónDemanda, pág. 5 a 9)

2. Contestación de la demanda

2.1. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que tiene obligaciones de carácter laboral únicamente con los funcionarios de

su planta de personal, de la cual no ha formado parte la demandante, por lo tanto, no existe vínculo laboral en virtud del cual el Ministerio adeude suma alguna. Refirió que no es una entidad administradora del sistema general de pensiones en ninguno de los regímenes, razón por la que no existe causa legal que le imponga cualquier obligación.

Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 7° y 8°, atinente a la reclamación administrativa y la respuesta a la misma. Sobre los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del obligación, prescripción y genérica.

(Expediente digital, archivo PDF 09ContestaciónDemandaMinHacienda)

2.2. Colpensiones. En auto proferido en audiencia del 4 de octubre de 2022, se ordenó su vinculación como litisconsorte necesario por pasiva y en tal calidad presentó escrito de intervención indicando que no se opone ni se allana a las pretensiones de la demanda. En lo que hace a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 5° y 6° y respecto de los demás señaló no constarle. Formuló la excepción previa de no agotamiento de la reclamación administrativa y como de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación y genérica. (Expediente digital, archivo PDF 19ContestaciónDemandaColpensiones)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de agosto de 2023, en la que el fallador absolvió a la demandada y vinculada de todas y cada una de las pretensiones invocadas, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, precisó que acta de audiencia pública especial de conciliación de 8 de septiembre de 2000, se acordó que el Banco Central Hipotecario reconocería a la actora pensión de vitalicia a partir del 9 de septiembre del año siguiente, en las mismas condiciones contenidas en los artículos 94, 97 y 98 del Reglamento Interno de Trabajo, en cuantía inicial de \$534.053,9. Indicó que en la citada conciliación, se determinó que el banco pagaría el 100% de la prestación económica hasta el momento en que cumpliera los requisitos para adquirir pensión de vejez, invalidez o la trabajadora falleciera, quedando a cargo del empleador la diferencia del mayor valor si hubiera.

Luego de hacer alusión a los citados artículos, dijo que al dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo y como quiera que la actora laboró al servicio del Banco Central Hipotecario entre 2 de febrero de 1981 al 8 de septiembre de 2000, tiempo que corresponde a 19 años, 6 meses y 6 días y que por cada año de servicio se le otorga el 4% del promedio salarial, por los 19 años obtendría una tasa de reemplazo del 90%, pero dado que la mencionada disposición contempla que la prestación no puede ser mayor a las 3/4 partes del promedio devengado en el último año de servicio, le corresponde a la demandante el 75% del salario devengado en el último año de servicio.

Observó la certificación electrónica de tiempos laborados aportados con la demanda y luego de efectuar las correspondientes operaciones aritméticas obtuvo un promedio salarial del último año de servicio del último año de servicio de \$699.426, el cual, aplicarle la tasa de reemplazo del 75%, genera una mesada inicial de \$524.569 pesos, valor que resulta inferior al reconocido por el Banco Central Hipotecario que es de \$534.053. Preció que las primas de localización, vivienda, vacaciones, legal y de servicio no pueden ser tenidas en cuenta como factores devengados por la actora, ante la falta de disposición que señale lo contrario, por manera que como no existen diferencia alguna a favor de la demandante, debía absolver a la encartada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que el ingreso base de liquidación corresponde para el último año de servicio a la suma de \$868.730, tomando para el efecto todos los factores salariales devengados, por lo que aplicando el 75% de tasa de reemplazo, arroja un total de \$651.547.

5. Alegatos de conclusión. La **demandante** alegó en su favor aduciendo que, tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta el promedio de lo devengado durante el último año de servicio, a partir del 9 de septiembre de 2000, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% y el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo del Banco Central Hipotecario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿El promotor del proceso tiene derecho a que le sea reajustada la prestación económica reconocida por el Banco Central Hipotecario, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo y, como consecuencia de ello, debe la demandada reconocer y pagar el retroactivo por las diferencias causadas, indexación e intereses moratorios?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que entre las partes celebraron acuerdo conciliatorio ante el Ministerio de Trabajo el 4 de septiembre de 2000, por medio del cual acordaron, entre otras cosas, que el Banco Central Hipotecario le reconocería a partir del 9 de septiembre del mismo año, pensión vitalicia especial de las mismas características y condiciones a las contenidas en la pensión contemplada en los artículos 94, 97 y 98 del Reglamento Interno de Trabajo, hasta no tanto que la trabajadora cumpla con los requisitos de la pensión de vejez e invalidez o fallezca, quedando a cargo del empleador la diferencia entre las pensiones. En virtud de ello, en la misma diligencia, el Banco citado reconoció a la promotora del proceso una mesada pensional de \$534.053, a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo que tuvo lugar en la misma audiencia y con un tiempo de servicio desde 2 de febrero de 1981. Que, con posterioridad, a través de Resolución SUB41803 del 16 de febrero de 2018, Colpensiones reconoce el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez compartida a partir del 1 de marzo del mismo año, en cuantía de \$1.260.564, teniendo para tal efecto 1.925 semanas cotizadas y una edad de 57 años, en los términos de la Ley 797 de 2003.

4. Reliquidación Pensional. Así las cosas, la discusión conforme la plantea la recurrente radica en que al momento del reconocimiento pensional no se tuvo en cuenta para efecto de liquidar el ingreso base de liquidación, el promedio de lo devengado en el último año de servicio debidamente indexado, inconformidad que fundamenta en que pese a que la pensión se le otorgó con fundamentó en el texto extralegal, para efectos de calcular el ingreso base de liquidación, la entidad no aplicó en debida forma aquel estatuto normativo que especifica cómo se arriba al salario mensual de base sobre el cual debe calcularse la prestación.

Con tal acotación, el Reglamento Interno de Trabajo dispuso en su artículo 94:

"ARTÍCULO 94. *Todo trabajador que haya servido al Banco diez años y que se inutilice para el servicio por causa de enfermedad o que habiendo observado buena conducta, sea retirado del Banco por causas independientes a su voluntad, recibirá una pensión mensual vitalicia igual al cuatro por ciento (4%) del promedio del sueldo mensual que haya disfrutado durante el último año de servicio al Banco, por cada año de servicio, es decir, por dos años, el ocho ciento (8%) (SIC) por tres años, el doce por ciento (12%), etc., hasta el valor de un sueldo; pero estas pensiones en ningún caso serán menores de setenta y cinco pesos (\$75.00), ni mayores de las tres cuartas partes del promedio del salario mensual devengado durante el último año de servicio a menos que se trate de sueldos menores de setenta y cinco pesos (\$75.00) mensuales, en cuyo caso la pensión mensual será igual al valor de un sueldo"*

En ese escenario, al tenor del texto extralegal aflora diáfano la forma cómo se integra el salario con el que se debe liquidar la prestación, disponiendo que es el "*promedio del salario mensual devengado durante el último año de servicio*", que para el caso es el comprendido entre el 2 de febrero de 1981 y el 4 de septiembre de 2000, fecha de retiro.

Ahora bien, ha decirse que sobre el término "**devengado**" al que se refiere el compendio convencional, el órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria se ha ocupado de definir en diversos pronunciamientos su alcance y lo ha diferenciado del término "**percibido**", así:

"[...] una cosa es devengar o causar un determinado emolumento o derecho y otra cosa lo es percibirlo y recibirlo. Devengar según el Diccionario de la Real Academia Española es «Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título», lo que se asimila a causar o dar lugar a algo; en cambio, cuando se habla de percibir, generalmente se asocia a recibir u obtener el pago de algo. Puede decirse entonces que todo lo percibido lo es porque ha sido devengado, pero no siempre lo devengado es o ha sido percibido»." (sentencia SL1077-2021, reiterada en la SL3222-2022)

Clarifica el pronunciamiento jurisprudencial citado, que el término **devengado** indica, que es lo causado en un espacio de tiempo determinado – *último año de servicios* - a diferencia del término **percibido** que atañe al monto efectivamente recibido por el trabajador dentro de dicho período, sin estar sujeto al período de causación de los valores pagados, luego es errado sostener que en el promedio salarial del último año de servicios deba ser incluido la totalidad de lo que recibió la gestora de la litis, cuando aquello es contrario a la intelección que se le dio al término señalado y a lo señalado por el reglamento interno de trabajo.

Ahora, en cuanto a los factores salariales con los cuales se debe efectuar el promedio de lo devengado en el último año de labores para lograr el cálculo de la pensión, debe señalarse que la cláusula reglamentaria nada dispone al respecto y en esa medida corresponde entonces acudir al artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y Decreto 1158 de 1994, a fin de determinarlos, tal y como en sentencia SL1982-2021 se adoctrinó:

"De entrada habrá de decirse por esta Sala, que el Tribunal no incurrió en las infracciones fácticas que denuncia la censura, pues, por una parte, en lo relacionado con los factores a ser tenidos en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, lo que se advierte es que el instrumento convencional respectivo, en verdad, nada dijo sobre ello, sin que tal omisión o indeterminación conlleve, indefectiblemente, como lo formula la censura a que todos los conceptos y por todo su valor deban ser computados y promediados para la obtención del ingreso base pensional. Al respecto, esta Sala en diversas oportunidades al tratar asuntos con matices similares a los aquí abordados, particularmente en la sentencia CSJ SL3158-2017, dejó sentado lo siguiente:

[...] En otros términos, dada la generalidad del acuerdo convencional y la ausencia de una mención expresa de los rubros que constituyen la base para liquidar la pensión de jubilación, no puede hablarse de derechos adquiridos, como lo pretende hacer ver el censor, pues en este caso corresponde acudir a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad, en armonía con el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, a fin de determinar los factores constitutivos de la base de liquidación; textos normativos en los que valga resaltar, no se enuncia la prima de vacaciones ni el subsidio de transporte peticionados por el actor, tal y como lo estimó la decisión atacada. De manera que en ningún yerro pudo incurrir el Tribunal al aplicar tales preceptos.”

Así, el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, vigente al momento de la causación del derecho pensional de la promotora del proceso, establece los factores que han de tenerse en cuenta en la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión de la siguiente manera:

- Asignación básica mensual.
- Gastos de representación.
- Prima técnica.
- Primas de antigüedad.
- Remuneración por trabajo dominical o festivo.
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.
- Bonificación por servicios prestados.

Por consiguiente, los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la prestación económica son únicamente aquellos que señala la citada disposición, de manera que corresponde tomar los valores causados y devengados en el último año de servicios por la actora, certificados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, de la siguiente manera:

- Asignación básica: \$682.560
- Horas Extras: \$9.292.25
-

Lo que arroja un ingreso base de liquidación de \$691.852.25, lo que da lugar a una primera mesada pensional de **\$518.889,18**, tal y como se observa a continuación:

IBL	\$691.852.25
TASA DE REEMPLAZO	75%
PRIMERA MESADA	\$ 518.889.18

En este punto, debe precisar la Sala que, aunque se acoge en su integridad la que hasta hoy es pacífica posición de las altas corporaciones, respecto a la procedencia de la indexación de las pensiones legales y extralegales, aun cuando se trate de pensiones reconocidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política, en los términos de las sentencias SL736 de 2013 y SU 1073 de 2012. No obstante, en el caso de marras, no hay lugar a indexar el Ingreso Base de Liquidación si se tiene en cuenta que no transcurrió un tiempo entre el retiro del servicio y el disfrute de la pensión (SL649-2020).

Así entonces, de la liquidación efectuada por la Sala se evidencia que el valor reconocido por la encartada en el acuerdo conciliatorio es superior al que arroja esta liquidación (\$534.053), debiéndose precisar que no es viable incluir en el cálculo del salario promedio devengado en el último año de servicios, el monto del incremento de salario por antigüedad, prima de localización y vivienda, prima de vacaciones y prima extralegal señalados en la certificación expedida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio

de Hacienda y Crédito Público adiada 13 de diciembre de 2019, tal y con acierto lo dedujo el juez de conocimiento, pues la disposición normativa legal ni extralegal lo establece de tal forma, de allí que los argumentos esgrimidos por la actora base de la pretensión del reajuste pensional están llamados al fracaso, lo que impone a este Tribunal sin más consideraciones que hacer a confirmar la sentencia de primer grado.

5. Costas en esta instancia. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

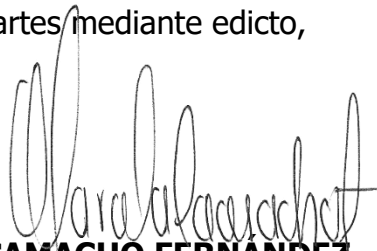
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de agosto de 2023, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARIO ARTURO GONZÁLEZ MARIÑO
Demandada: LIGA CONTRA EL CÁNCER - SECCIONAL BOGOTÁ
Radicación: 110013105-029-2021-00177-01
Tema: CONTRATO REALIDAD – REVOCA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Mario Arturo González Mariño, instauró demanda ordinaria contra Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá, con el propósito que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido (contrato realidad), como médico en la especialidad del seno, desde el 1 de febrero de 2006 hasta el 30 de junio de 2017, como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de las diferencias salariales correspondientes al cargo de médico en la especialidad de seno, que pagaba la entidad a los médicos que tenían el mismo cargo y realizaban las mismas labores que él y que no fueron cancelados mes por mes, durante la vigencia de la relación laboral; se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías, aportes a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, el pago total o la devolución de los intereses moratorios de los aportes al fondo de pensiones, causados entre el año 2006 al 2017, indemnización de que trata el artículo 64 del CST, por la terminación del contrato laboral en forma ilegal, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indexación y costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que estuvo vinculado laboralmente con la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá desde el 1º de febrero de 2006 hasta el 30 de junio de 2017, ejerciendo la labor de Médico con especialidad profesional de seno, vinculación que terminó en forma unilateral e injusta el 30 de junio de 2017; refiere que el vínculo laboral se ejecutó de forma continua y permanente en la ciudad de Bogotá y en las siguientes fechas y contratos:

CONTRATOS	OBJETO	PLAZO DE EJECUCIÓN
01-02-06	MÉDICO DEL SENO.	01/02/2006 hasta el 30/03/2006
21-11-06	MÉDICO DEL SENO.	21/11/2006 hasta el 20/01/2007
21-01-07	MÉDICO DEL SENO.	21/01/2007 hasta el 20/12/2007
18-01-08	MÉDICO DEL SENO.	18/01/2008 hasta el 19/12/2008
20-12-06	MÉDICO DEL SENO.	20/12/2006 hasta el 19/02/2009
23-02-09	MÉDICO DEL SENO.	23/02/2009 hasta el 26/12/2009

04-01-10	MÉDICO DEL SENO.	04/01/2010 hasta el 3/09/2010
05-01-11	MÉDICO DEL SENO.	05/01/2011 hasta el 5/07/2011
06-07-11	MÉDICO DEL SENO.	06/07/2011 hasta el 5/01/2012
06-07-12	MÉDICO DEL SENO.	06/07/2012 hasta el 5/01/2013
08-01-13	MÉDICO DEL SENO.	08/01/2013 hasta el 30/06/2013
01-07-13	MÉDICO DEL SENO.	01/07/2013 hasta el 30/12/2013
07-01-14	MÉDICO DEL SENO.	07/01/2014 hasta el 30/06/2014
01-07-14	MÉDICO DEL SENO.	01/07/2014 hasta el 30/12/2014
06-01-15	MÉDICO DEL SENO.	06/01/2015 hasta el 30/06/2015
01-07-15	MÉDICO DEL SENO.	01/07/2015 hasta el 30/12/2015
05-01-16	MÉDICO DEL SENO, de acuerdo con los eventos y/0 procedimientos que le indique LA LIGA.	05/01/2016 hasta el 30/06/2016
01-07-16	MÉDICO DEL SENO, de acuerdo con los eventos y/0 procedimientos que le indique LA LIGA.	01/07/2016 hasta el 30/12/2016
05-01-17	MÉDICO DEL SENO, de acuerdo con los eventos y/0 procedimientos que le indique LA LIGA.	05/01/2017 hasta el 30/06/2017

Adicionalmente, manifiesta que la demandada nunca le reconoció prestaciones sociales ni vacaciones, siempre estuvo sujeto al cumplimiento de un horario, atendía consultas médicas generales de pacientes que necesitaban especialistas del seno, en los cubículos, consultorios asignados por la entidad a él como médico, debía registrar los diagnósticos, consultas, en las Historias Clínicas, y en los diferentes informes que tenía que entregar a sus superiores, se encontraba subordinado a las Directivas de la demandada, recibía órdenes de la Presidenta Gloria Inés Forero de Ruiz, de la Gerente General Claudia Fernanda Torres Méndez, de la Jefe de Gestión Humana, Claudia Álvarez Artunduaga, de la asistente de Gerencia Leidy Johanna Romero Yanquen; del Gerente Julio Eduardo Latorre Santos, relacionadas con el cumplimiento de protocolos de la entidad, cumplimiento de nuevos horarios de 7:00 de la mañana a 01:00 de la tarde, para la atención de mamografía, inscripción en el Registro de Talento Humano, citación para reuniones de todo el personal; la notificación para escogencia de agenda de trabajo, citación a capacitaciones, entre otras; también señala que para formular los medicamentos o prescribir tratamientos, siempre utilizó la documentación y papelería de la entidad, se le entregaba dotación, un cubículo o consultorio de atención a los pacientes, batas, tensiómetros, endoscopios, equipo de órganos y la dotación del consultorio; que mensualmente le pagaron su salario, siendo su última asignación salarial de \$2.448.578; que después de más de 12 años de vínculo laboral, le fue terminado su contrato en forma unilateral, injusta e ilegal, mediante escrito fechado el 07 de junio de 2017; que el 08 de febrero de 2018, mediante apoderado judicial, radicó reclamación laboral ante la demandada, de la que se obtuvo respuesta negativa a las peticiones invocadas (Expediente electrónico, PDF 01Demanda).

2. Contestaciones. Al contestar la demanda la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y para ello sostuvo que entre las partes existieron 35 contratos de prestación de servicios, los cuales no fueron ejecutados de manera continua y permanente, pues, entre estos contratos existieron varios meses y días en los cuales no existió vínculo alguno, que en suma superan más de 416 días sin ningún tipo de vínculo entre las partes. Reseña que de la lectura de los contratos de prestación de servicios se evidencia la libertad y autonomía con la cual el demandante desempeñaba sus actividades, por lo que él era conocedor de la naturaleza de las actividades que desarrolló, adicional a que la prestación del servicio como médico

especialista del seno, no la realizaba de forma diaria, no era una actividad permanente, continua ni recurrente, por el contrario, la actividad del demandante se realizaba única y exclusivamente en los horarios y días que el actor manifestaba le era posible, no tenía exclusividad con la demandada, debido a que eran muy pocos los días al año en que él atendía pacientes de seno, al punto que en el año 2006 el demandante hizo consulta solamente en 26 días del año, 56 para el 2007, 49 para el 2008, 46 para el 2009, 47 para el 2010, 52 para el 2011, 46 para el 2012, 88 para el 2013, 96 para el 2014, 97 para el 2014, 129 para el 2016, 77 para el 2017, adicional a ello, prestaba sus servicios a otras entidades. También argumentó que, para el desarrollo de la actividad, el demandante no requería direccionamiento, requerimiento, ordenes o funciones y menos del personal del área administrativa como la presidencia, médica administrativa, gerencia o recursos humanos. De otro lado, informa que los honorarios que recibía producto de su actividad están precedidos de una cuenta de cobro en la cual se detallan las actividades que prestó y el valor que se le adeudaba. Concluye con que, la actividad desarrollada por el demandante a través de los 35 vínculos civiles se hizo bajo total y plena libertad y autonomía, lo cual se confirma con la simultaneidad de vínculos que tuvo el actor con otras entidades públicas y privadas y, además, porque la naturaleza propia de una actividad tan específica y profesional como la del doctor González corresponde a la finalidad legal de los contratos de prestación de servicios. Propuso como excepciones de mérito, las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, pago y prescripción de todas y cada una de las acciones de tracto sucesivo que llevan más de tres años desde la fecha de su causación a la radicación de la presente demanda, buena fe y prescripción (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionLigacontraelCancer20211105).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de julio de 2023 en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y gravó en costas al accionante (Expediente electrónico, archivos 25).

Para arribar a esta decisión, indicó que, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y el interrogatorio de parte absuelto por la encartada, quedó demostrado que el demandante ejecutó una actividad personal a favor de la demandada, por lo que se activaba la presunción contemplada en el artículo 24 del CST, correspondiéndole a la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá desvirtuar la subordinación y la existencia de un único contrato de trabajo.

Sostuvo que se suscribieron varios contratos de prestación de servicios, a pesar de ello, no se podía predicar la existencia de uno solo, en vista que entre uno y otro se presentaron interrupciones, siendo las más representativas 230 días entre el contrato que culminó el 30 de marzo de 2006 y que inició el 21 de noviembre de 2006, así mismo, se presentó una interrupción de 120 días entre el contrato que terminó el 3 de septiembre de 2010 e inició el 5 de enero de 2011, sin que para estos interregnos se haya demostrado la prestación del servicio por parte del actor. Respecto de los otros contratos, si bien, se advertían interrupción entre la finalización y la suscripción de otro, lo cierto es esta no superaban más de 5 días, por lo que deben entenderse continuos, por no superar los 30 días interrupción, conforme lo tiene definido la jurisprudencia.

De otro lado, estableció que las exigencias de cumplimientos de esquema de vacunación, no era propio de la demandada, sino de la Secretaría Distrital de Salud, siendo esta obligatoria para todos los profesionales de la salud, independientemente de su forma de vinculación; que indicar la forma en cómo se debía presentar la cuenta de cobro, citación de capacitación para la humanización en la prestación del servicio de salud, no eran elementos de subordinación y por el contrario ratificaban la existencia del contrato de prestación de servicios. Refirió que el uso de papelería no es prueba de la existencia del

contrato de trabajo, pues el ejercicio de la actividad, era necesario el uso de la documentación suministrada por la entidad demanda

Concluyó la sentenciadora que, por un lado, no se había logrado demostrar la existencia de un único contrato, y por el otro, la demandada desvirtuó la presunción del artículo 24 del CST, en cuanto a que la prestación del servicio estuvo regida por un contrato laboral, por el contrario, se demostró la existencia de uno de prestación de servicios, dado que los testigos manifestaron que en el evento que el accionante no podía asistir, simplemente se reprogramaba la cita o se asignaba a otro médico, sin que existiera sanción o llamado de atención por no asistir a prestar los servicios.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación, para ello sostuvo que los contratos de prestación de servicios firmados por el demandante deben ser analizados, conforme la sentencia CSJ - SL 13020 de 2017, en donde se aborda el estudio de la vinculación del personal médico con las IPS, dado que, en los mismos se establecen los procedimientos que va requerir la demandada, los cuales no estaba sujeto a lo dispuesto por el Ministerio de Salud, sino a los procedimientos que daba la misma accionada. Sostuvo que, conforme el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá, los médicos eran evaluados antes de ser contratados, no podían ceder los contratos, debían tener disponibilidad para atender a los pacientes, tenían que avisar en caso de no poder asistir para fueran reemplazados, de igual forma, allí se indicó que la institución contaba con unas directrices para la atención de sus pacientes y el médico que no atendiera estas directrices no era contratado.

Señala que si bien, existió interrupción entre la suscripción de los contratos, algunas de ellas fueron inferiores a 30 días, frente a ello, la jurisprudencia ha señalado que en estos casos los contratos deben ser entendidos como continuos, pues su objeto fue el mismo y desarrollando la misión de la empresa, elemento que no analizado por la juez de instancia.

También refirió que, no se le dio importancia a que los elementos para el desarrollo de la labor eran de propiedad de la demanda, así como tampoco que, el objeto contractual estaba ligado a la actividad de la medicina y si bien, existía autonomía del médico respecto a la atención del paciente y sus tratamientos, no sucedía lo mismo frente al control del número de pacientes, asignación de turnos, los cuales eran asignado por la accionada. Adicionalmente, el señor González se debía someter a los procedimientos y las instrucciones dada por la Liga, debía prestar el servicio en sus instalaciones y le estaba prohibido ceder el contrato.

Por último, sostiene que si bien, los testigos de la parte demandada estuvieron parcializados a su favor, de sus declaraciones se tiene el promotor de la contienda debía estar presente en la entidad, atender a los pacientes en los cubículos asignados por esta y siguiendo sus instrucciones, lo que demuestra que la Liga Contra El Cáncer no desvirtuó los indicios de la subordinación, por lo que se encuentra demostrada la existencia del contrato de trabajo, al ser ello así, solicita que se revoque la sentencia recurrida.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandante. Alego en su favor que, se encuentran indicios de la continua subordinación y dependencia del actor respecto a la demandada, así como el cumplimiento de un horario de trabajo; igualmente resaltó que, los elementos del contrato de trabajo se hicieron evidentes con las pruebas recaudadas, como lo fueron los oficios, correos impresos y las pruebas solicitadas a la demandada; en ese sentido explicó que, la información que le enviaban por correo electrónico sobre el horario; igual que en la

certificación expedida por el gerente General de la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá, dentro de la cual dejó establecido que existía horario de trabajo con disponibilidad del demandante; por otro lado, indicó que, el *ad quo*, valoró mal las pruebas decretadas, practicadas y aportadas, lo que le llevaron a no tener por acreditado la relación subordinación, cuando las mismas pruebas soportan dicha subordinación, con las mismas, se demostró, que la verdadera relación laboral existente entre el recurrente y la Liga Contra El Cáncer – Seccional Bogotá, y que dicho vínculo laboral esta soportado por las pruebas.

5.2 Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá. Sostuvo que el demandante ejecutó varios contratos de prestación de servicios de manera interrumpida, existiendo entre uno y otro cortes de más de 30 días, a pesar de que el demandante lo niega en el interrogatorio de parte, sin embargo, explicó que, con la prueba documental se logró acreditar los múltiples contratos de esta naturaleza, los cuales fueron revisados por el demandante previo a su suscripción, aceptando las condiciones contractuales, en especial, la relacionada con la inexistencia de relación laboral. Adicionalmente reseñó que el actor, actuó de manera autónoma e independiente en el cumplimiento de las actividades encomendadas, llegando a programar a su discreción los turnos de atención de pacientes en la especialidad médica que le correspondía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66 A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La demandada Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá fungió como empleadora de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas? De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar (ii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos peticionados en escrito genitor?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las

partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios del señor Mario Arturo González Mariño en favor de la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá, en tanto que tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda y las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello; haciendo hincapié que el mencionado hecho se acredita, además, con los sendos contratos de prestación de servicios (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionLigacontraelCancer20211105, pág. 22 a 91) y lo confesado en el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

Lo anterior, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**, lo que da lugar a aplicar la **presunción** contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación y con derecho a remuneración salarial¹; presunción legal *iuris tantum*, en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde el demandado deberá controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de "*'reus, in excipiendo, fit actor'*", cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe², darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste³, se trata de un razonamiento por inducción⁴ creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga

¹ T-694-2010

² Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

³ Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

⁴ C731-2005

como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia⁵, hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un “*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*”. Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

Así entonces, para determinar si el promotor del juicio desempeñó su labor de manera libre y autónoma, o por el contrario si la misma no estuvo desprovista del elemento subordinante, se debe acudir a las pruebas legal y oportunamente recaudadas en el presente juicio, conforme lo dispuesto en el artículo 60 del estatuto procesal laboral, así entonces al revisar el plenario, se tiene contrario a lo considerado por la Juzgadora de instancia, la encartada no logra desvirtuar la presunción que operaba en su contra, por manera que, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación jurídica.

Lo anterior además, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar que la labor ejecutada por aquel no se desarrolló con las citadas características, pues en esa perspectiva, se escucharon los testimonios allegados por la demandada, que de entrada, para la Sala no cuentan con la fuerza demostrativa para enervar la presunción de la que es beneficiario el actor, de allí que también evidencie esta Corporación el error en que incurrió la cognoscente de primer grado, cuando dedujo la existencia de un vínculo de carácter civil entre las partes.

Conclusión a la que se arriba luego de escuchar el interrogatorio de parte del representante legal de la llamada a juicio, así como las declaraciones de las señoras Ruth Susana Tovar (Asistente de Gerencia) y Claudia Álvarez Artunduaga (Jefe de talento humano), de las cuales no se puede colegir que la labor ejercida por el actor a favor de la enjuiciada hubiese sido autónoma e independiente en los aspectos técnicos,

⁵ Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

administrativos y directivos, características que se extraen “no tanto del contenido de las prestaciones sino de las condiciones de su ejecución (*intuitu personae*, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministradas por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo.”, pues al tratarse de una profesión liberal “gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo - para eso se les contrata-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [*sic*] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación”. (SL-1439-2021)

En esa perspectiva, se tiene que al absolverse el interrogatorio de parte a instancia de la accionada, fue aceptado que el señor Mario Arturo González prestó sus servicios a la Liga como médico mastólogo, vinculado a través de contratos de prestación de servicios; reseñó que si bien los médicos manejaban su propia agenda, era deber del actor avisar cuando no asistía para que realizara la reprogramación de las citas de los pacientes, debido a que esta labor no la podía realizar un tercero, precisamente porque para su contratación se realizó entrevista y fue vinculado por sus condiciones profesionales como médico, lo que impedía que la labor fuera ejercida por personal ajeno a esta asociación (*indicio de relación laboral -CSJ SL4479-2020*); también señaló que al galeno le fue asignado un consultorio en donde atendía los pacientes de la entidad, el que se encontraba dotado de un escritorio, una camilla, fonendoscopio y tensiómetro (*indicio de relación laboral -CSJ SL981-2019 y SL4344-2020*). Y expuso que el profesional de la salud, debía presentar informes, indicadores, diagnósticos de los pacientes, los cuales se presentaban ante las autoridades correspondientes, y a su vez, refirió que las gestiones realizadas sobre las historias clínicas eran objeto de evaluación, aunado a ello, al interior de la Liga existía una “guía de atención”, lineamientos que debían ser acatados por todos aquellos vinculados, incluido el accionante (*indicio de relación laboral -CSJ SL4479-2020*).

Narró la declarante Ruth Susana Tovar, que trabaja para la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá desde el 14 de julio de 1980, desempeñando el cargo de asistente de dirección administrativa para la fecha de vinculación del actor y actualmente desempeña el cargo de Asistente de Gerencia; frente a la vinculación del gestor de la Litis, anunció que él se vinculó a través de contratos de prestación de servicios; que el actor asistía una vez por semana, debido a que agendaba sus propias citas, las que coordinaba con la enfermera jefe que era de apoyo asistencia y que en el evento de ser canceladas las citas asignadas a los pacientes por parte del especialista, debían ser reprogramadas (*indicio de relación laboral -CSJ SL4479-2020*). Adujo que, para el ejercicio de la labor contratada, al galeno se le asignaba un consultorio a través de una enfermera jefe (*indicio de relación laboral -CSJ SL981-2019 y SL4344-2020*), y que si bien, él no debía presentar informes, para acceder a las historias clínicas de los pacientes, debía ingresar a un aplicativo de la entidad.

En cuanto a lo dicho por la deponente Claudia Álvarez Artunduaga, Jefe de Talento Humano de la accionada desde hace 28 años, se resalta que le consta la existencia de múltiples contratos de prestación de servicios entre el que el señor González y la Liga Contra El Cáncer, vínculo que se remonta al año 2006 y que se mantuvo vigente hasta el 2017 (*indicio de relación laboral -CSJ SL2585-2019 y SL981-2019*); que para el desempeño de la labor contratada el demandante programaba sus propias citas, que por lo general se atendían los días viernes en un interregno de 2 horas y, en el evento que no pudiese asistir, el agendamiento debía ser reprogramado, debido a que no le estaba permitido ceder el contrato, puesto que, la labor debía ser ejecutada de manera personal (*indicio de relación laboral -CSJ SL4479-2020*); exteriorizó también que el doctor no debía presentar informes, pese a ello, si se le realizaban auditorías a las historias clínicas con la finalidad de verificar que se realizaran de acuerdo a las normas vigentes; que para gestionar y acceder al programa donde se encontraban las historias clínicas de los pacientes, el actor contaba con un

usuario y una contraseña, de igual forma, manifestó que se le asignaba consultorio para la atención de los pacientes (*indicio de relación laboral -CSJ SL4479-2020*).

De los anteriores relatos, es claro que no existe elemento de juicio que permita quebrantar el elemento *intuitu personae* que caracteriza a los contratos de trabajo, pues no se observa que se hubiera acordado entre las partes que terceros tuvieran la posibilidad real de satisfacer el servicio pactado, máxime que en la cláusula segunda de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el 1 de febrero de 2006 al 6 de julio de 2011, en la cláusula quinta de los contratos suscritos desde el 7 de enero de 2014 al 1 de julio de 2015 y en la cláusula sexta de los contratos suscritas entre el 30 días de junio de 2016 al 5 de enero de 2017, se obligó a Mario Arturo González Mariño prestar el servicio profesional en forma personal (Expediente electrónico, PDF 09ConstatacionLigaContraElCancer, pág. 22 a 51 y 62 a 91).

En un caso de similares contornos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-1233 de 2022 acotó:

"En este punto, resulta oportuno destacar que esta Sala tiene adoctrinado que el elemento intuitu personae, es uno de los rasgos distintivos de todo contrato de trabajo, por manera que fluye evidente que el demandante debía ejecutar personalmente las actividades contratadas, que no a través de otra persona, como lo enseña el acuerdo que suscribieron.

Si bien, en ocasiones el promotor del juicio podía ausentarse y encargar momentáneamente a otro galeno en calidad de reemplazante, tal comprobación en nada desvirtúa la condición referida, en tanto no es un elemento relevante que pueda resultar útil para acreditar que fuera totalmente autónomo para designar al médico que ocupara su lugar en caso de necesidad. Lo precedente, pone de presente que no se trató de un convenio en que el contratista se obligara a atender un número determinado de pacientes a cambio de unos honorarios, directamente o a través de un equipo de trabajo al margen de autorizaciones o permisos de la entidad contratante; es decir, con total prescindencia de la intervención de la segunda en cuanto a la forma y términos en que debía atender a los pacientes.

Bien ha dicho la jurisprudencia que una cosa es que se convenga la prestación de servicios médicos especializados con una persona natural o jurídica que cuente con la posibilidad real y efectiva de garantizarlos, él mismo o con el personal que autónomamente elija a fin de cumplir los objetivos del contrato. Otra, completamente diferente, es que la labor deba ser cumplida por un sujeto en particular, sin la potestad real de cederla o delegarla en un tercero a su libre albedrío (CSJ SL3345-2021)."

Ahora, debe decir la Sala, que examinados los medios probatorios restantes que tuvo en cuenta la cognoscente de primer grado para inferir la inexistencia del contrato de trabajo, se evidencia que no le asiste razón cuando arribó a tal conclusión, pues el análisis conjunto y sistemático de tales elementos de convicción, lleva a concluir que las actividades ejecutadas por el demandante se desplegaron en forma subordinada y no con autonomía e independencia.

En otras palabras, el objeto del contrato al que se comprometió el demandante no dista del propio de una relación dependiente o subordinada, al establecer que el contratista debía prestar funciones de mastólogo o médico del seno, de ahí que, a pesar que las declaraciones de las deponentes Ruth Susana Tovar y Claudia Álvarez, refieren que los agendamientos de las citas médicas eran programadas por el galeno, no se puede perder de vista que, las misma también debían ser concertadas con la enfermera jefe asignada al área de apoyo asistencial, quien a su vez, organizaba las citas de los demás especialista

de la Liga, lo cierto es que la enjuiciada disponía del actor para atender el servicio requerido previa necesidad que tuviese (*indicio de relación laboral - CSJ SL2585-2019 y SL4479-2020*).

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que, para el desarrollo de las actividades le fueron suministrados elementos de trabajo, en tanto que, así se dejó entrever por el representante legal de la convocada a juicio y por la testigo Claudia Álvarez, quienes al unísono señalaron que al profesional de la medicina le fue asignado un consultorio en donde debía atender pacientes propios de la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá; adicionó el comisionado de la accionada que el espacio locativo referido, contaba con un escritorio, una camilla, un fonendoscopio y un tensiómetro; aunado a ello, se tiene que estos deponentes y la señora Ruth Susana Tovar, sostuvieron que los aplicativos, los usuarios y claves de acceso era asignados y suministrados por la demandada, lo que le permitía al profesional acceder a las historias de los pacientes de la liga (*indicio de relación laboral - SL4344-2020 y SL981-2019*).

También se debe hacer notar que tal y como lo refirió el demandante en su escrito inicial y en su declaración de parte, la gestión de las historias clínicas eran objeto de verificación, evaluación y control por parte de los empleados de la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá, como quiera que así fue aceptado por el representante legal de la encartada, inclusive la señora Claudia Álvarez quien refiere que sobre esta labor se realizaba una labor de auditoría, hecho que también es objeto de demostración con comunicación adiada 27 de septiembre de 2012, a través del cual se le hace saber el indicador del diligenciamiento de historias clínicas para septiembre de 2012, en donde se le recalca que la meta establecida para esta gestión del 90%, además se le hacen saber que "*el hallazgo encontrado es corresponde a: 1030547255 falta especificación de tratamiento No está utilizando el sello de la entidad*" (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 35- *indicio de relación laboral - CSJ SL2585-2019 y SL4479-2020*).

De otro lado, se hace hincapié que el médico Mario Arturo González Mariño se encontraba sujeto al cumplimiento y los parámetros dados en la "guía de atención", como claramente lo refirió el representante legal de la liga; de tal suerte que, las labores ejercidas no estaban gobernadas por la liberalidad, sino que, por el contrario, se encontraban sujetas a la orientación de la asociación contratante. Así mismo, resulta imperante resaltar que, el actor recibía correos electrónicos en donde se le informaba sobre la citación a reuniones, asistencia que eran de carácter obligatoria (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 41 a 45), aspectos que no fueron considerados por la juzgadora de instancia.

Adicionalmente, la Sala al examinar las labores que ejecutaba el demandante, se colige que no se requería de un conocimiento particular, es decir, no se encontraban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requiriera en virtud de la actividad comercial que realiza la encartada, tampoco científica y técnica ajena al giro ordinario de las labores de la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá, a lo que se suma que se hizo de forma permanente, pues se prestó durante más de 10 años, de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante quien contaba con el perfil para desempeñar el cargo de médico; labor que además no era extraña al objeto social, pues es inherente al componente misional de la sociedad, quien se dedica, entre otras, a realizar actividades relacionadas con la prevención y detección del cáncer (*indicio de relación laboral - CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393, CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020*).

Por lo anterior, no comparte la Sala aquellas intelecciones del A quo, pues, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fue desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente

con la Liga, disquisición ésta que no puede desecharse porque al actor se le pagaran honorarios, dado a que el hecho de haberle dado una diferente denominación a la de salario, no resta la eficacia de ser una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente, máxime cuando es claro que este pacto es indicativo de un salario a destajo entre las partes, modalidad contenida en el artículo 132 del CST.

Adicionalmente, tampoco es de recibo el argumento relacionados con la inexistencia de contrato de trabajo entre las partes, dado que el actor prestaba sus servicios personales a otras instituciones, como quiera que, si bien, el convocante a juicio refiere que laboró para Universidades, IPS y brindó asesorías relacionados con temas de salud pública con la Secretaría de salud y el Ministerio de Salud, tal y como lo afirmó en el interrogatorio de parte, así como de ello también da cuenta el formato de hoja de vida de la Universidad Nacional – Proceso designación Decanos 2016-2018 (Expediente electrónico, PDF 09ConstatacionLigaContraElCancer, pág. 104 a 114), lo cierto es que, la actividad realizada para un tercero no constituye una razón seria y fundada para dudar sobre la existencia de relación laboral, dado que el trabajador cuenta con la posibilidad legal para celebrar varios nexos contractuales, salvo pacto de exclusividad, de conformidad con el artículo 26 del CST, aspecto que no encuentra demostración en este asunto.

Concluyendo de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida por la pasiva, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante no ejecutó el servicio con sus propios medios de producción y asumiendo sus propios riesgos, sino que actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares y horarios asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada a su objeto social.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró la Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes se ejecutó en forma autónoma e independiente y en tal sentido, se acogen los argumentos expuestos por el recurrente, en consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada, para en su lugar, declarar la existencia de una verdadera relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido.

3.1. Extremos temporales de la relación - Unicidad contractual. Esclarecido que el vínculo que unió al accionante con la demandada se dio a través de una verdadera vinculación laboral, le compete a la Sala establecer los extremos temporales de la citada relación. En ese sentido, señaló el promotor de la alzada que, si existió interrupción entre la suscripción de los contratos, algunas de ellas fueron inferiores a 30 días, por lo tanto, los contratos deben ser entendidos como continuos, pues su objeto fue el mismo y desarrollando la misión de la empresa.

Sobre ese aspecto, es necesario destacar por esta Corporación que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral “*solo se consideran aparentes o formales las interrupciones cortas entre la finalización y la iniciación de uno y otro contrato, entendidas como aquellas inferiores a un mes, por lo que las que sean superiores, permiten inferir la intención de las partes de no darles continuidad*” (SL574-2021); en el caso sometido a estudio es claro que, del análisis de los contratos y las certificaciones adosadas al plenario (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 52 y 53; PDF 09ConstatacionLigaContraElCancer, pág. 22 a 91) se presentaron interrupciones superiores a 30 días, que no permiten presuponer la no solución de continuidad de la prestación de servicios del trabajador del 31 de marzo al 20 de noviembre de 2006, del 4 de septiembre de 2010 al

4 de enero de 2011 y del 6 de enero al 5 de julio de 2012, cumple advertir de entrada, que analizadas en conjunto las pruebas aportadas por las partes, con total certeza se razona de ellas que no se encuentra demostrada la existencia de una única relación laboral.

Conforme lo anteriores consideraciones, se deberá declarar la existencia de cuatro relaciones laborales vigentes para los siguientes interregnos: *i)* del 1 de febrero de 2006 al 30 de marzo de 2006 *ii)* del 21 de noviembre de 2006 al 3 de septiembre de 2010 *iii)* del 5 de enero de 2011 al 5 de enero de 2012 y *iv)* 6 de julio de 2012 al 30 de junio de 2017.

Ahora, para efecto de estudiar las pretensiones condenatorias, la Sala tendrá en cuenta únicamente el último de los citados contratos, según criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL381-2021, SL3570-2020, SL2345-2018 y SL3215-2018. En esta última decisión se indicó:

"Sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, por lo menos el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes y que aparezca acreditado, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.

Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183, cuando indicó que:

[...] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes. Es así como, en sentencia de la CSJ, 19 oct. 2006, rad. 27371, en un proceso análogo seguido contra el mismo ISS, se puntualizó:

En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes (Resalta la Sala).

El anterior criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SL14969-2017,

rad. 52813; CSJ SL13444-2017, rad. 50565; y CSJ SL087-2018, rad. 51340.”

3.2. Salario. En orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que el actor prestó sus servicios, se observa que en los contratos de prestación de servicios se indica que los honorarios profesionales serian reconocidos en proporción a “el No. de actividades realizadas” o “cada evento o procedimiento realizado”, de igual forma, en dicho clausulado se reseña que estas serán pagadas de acuerdo a la tabla de honorarios anexa a cada una de ello, lo cierto es que, dicho anexo brilla por su ausencia en el trámite de este juicio.

Ahora, en relación a la problemática que concita la atención de la Sala, cumple memorar que acorde con lo dispuesto en el artículo 27 del CST todo trabajo dependiente debe ser remunerado y, es por ello que el artículo 132, establece en su numeral 1º:

“1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.”

De acuerdo con lo anterior se desprende la libertad que tienen las partes de pactar la modalidad de salario y para el caso objeto de estudio, fue la de destajo, aquel que se le paga no porque la labor se lleve a cabo en determinado tiempo, sino según por la cantidad de unidades ejecutadas que desarrolle en su jornada laboral y conforme a la tarea asignada, para este caso en particular “*cada evento o procedimiento realizado*”; imponiéndose como límite que lo percibido por el trabajador no sea inferior al salario mínimo legal vigente o bien al fijado entre las partes, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Efectuadas las anteriores precisiones, se tiene que el accionante aportó documento denominado “*consolidados de pagos*” (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 54), pese lo anterior, la misma no puede ser aducida en contra de la accionada, como quiera que dicha documental no fue expedida por la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá. Ahora con las constancias de pago y las cuentas de cobro aportadas por la misma demanda (Expediente electrónico, PDF 09ConstatacionLigaContraElCancer, pág. 93, 94, 96, 98, 99 y 101), se evidencian los siguientes pagos para las fechas:

Periodo	Salario
ene-15	\$ 1.915.516,00
nov-15	\$ 1.934.200,00
dic-15	\$ 1.672.000,00
jul-16	\$ 259.560,00
mar-17	\$ 2.472.462,00
abr-17	\$ 2.448.578,00
jun-17	\$ 2.986.542,00

Pese lo anterior, no se demuestra lo devengado para los demás periodos en los que se prestó la labor, entonces como el fallador no puede abstenerse de proferir condena cuando, sin probarse el salario, se establece la existencia de la prestación del servicio y la subordinación, elementos que han sido objeto de demostración conforme se ha esbozado a lo largo de este proveído, por lo tanto, a efectos de liquidar las acreencias laborales adeudadas al trabajador como resultado de la declaración de la relación laboral, se tomara el salario mínimo legal mensual vigente para cada uno de los años en que se prestó el servicio. Resulta necesario advertir que, en vista que el salario demostrado para el mes de julio de 2016, es inferior al mínimo, el mismo se ajustará al vigente para tal anualidad.

3.3. Nivelación salarial. Realizada tal precisión, debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127"*.

Al respecto, la jurisprudencia resulta ilustrativa para entender los alcances de la enunciación legal y para tal efecto en sentencia SL3165-2018, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia indicó que: *"la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia. (...) Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7. ° de la Ley 1496 de 2011, la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva"*

Del mismo modo, en sentencia SL5464-2015, que trajo a colación la providencia SL 24272, 10 jun. 2005, la misma Corporación recordó: *"es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc"*.

Bajo esa tesitura, misma que sirve para orientar esta decisión, busca el actor que se le nivele salarialmente en relación con los trabajadores que desempeñaban el mismo cargo, esto es el de especialista de seno, no obstante lo anterior, en el libelo genitor no se indica con cuales trabajadores se pretende dicha nivelación, ni tampoco ha sido acreditado que al interior de la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá existieran más profesionales que ejercieran idénticas funciones a las desempeñadas por Mario Arturo González Mariño y tampoco se especificó el salario que permitiera realizar el contraste, elementos de juicio que imponen la absolución de esta pretensión, se itera, de las pruebas allegadas no es posible acreditar un posible trato desigual.

4. Excepción de prescripción. Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda la demandada al señor Mario Arturo González Mariño, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos los artículos 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que 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.

En esa dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que el simple reclamó por escrito *"puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural, como por ejemplo en actas de conciliación"*. Además, ha precisado que a fin de que se interrumpa el fenómeno prescriptivo en los términos de los artículos 489 del CST y 151 del CPTSS, se requiere que en dicha diligencia esté el empleador y que el reclamo deba estar individualizado, es decir,

que lo solicitado sea claro y determinado. (SL4554-2020, que cita la sentencia SL, 18 jun. 2008, rad. 33273).

Conforme lo dilucidado dentro de la presente providencia, se encuentra demostrado dentro del expediente que la relación laboral feneció el **30 de junio de 2017** y el gestor de la litis reclamó el **8 de febrero de 2018** a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 56 a 59), si bien, **al 22 de abril de 2021**, data de presentación de la demanda (Expediente electrónico, PDF 02ActaReparto), transcurrió el término de que tratan los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., no puede perderse de vista que a raíz de las situaciones que surgieron con ocasión de la pandemia del Covid-19, el Gobierno Nacional mediante Decreto 564 de 2020 dispuso la suspensión de términos de prescripción y caducidad, señalando para tal efecto que:

"ARTÍCULO 1. SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. <Emergencia vigente hasta el 30 de junio de 2022. Resolución MINSALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL 385 de 2020> 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.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La suspensión de términos de prescripción ~~y caducidad~~ no es aplicable en materia penal."

En ese sentido, el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJA11581 del 27 de mayo de 2020, dispuso el levantamiento de los términos judiciales a partir del 1º de julio del mismo año, por lo que a partir de dicha fecha se reanudaron los términos de prescripción y caducidad suspendidos por el Gobierno Nacional.

De acuerdo con ello, la Sala evidencia en el caso de marras que, al haber operado el fenómeno de la suspensión durante el interregno del **16 de marzo al 1º de julio de 2020**, es decir, por espacio de 105 días, el término de la prescripción se extendió hasta el 30 de mayo de 2021, de cara a la fecha en que finiquitó la relación laboral (30 de junio de 2017) y fue presentada la reclamación (8 de febrero de 2018), luego al haberse presentado la demanda por parte del señor González Mariño el 22 de abril de 2021, es claro que las pretensiones de índole condenatorio están afectadas de manera parcial por tal excepción, esto es que se encuentran prescritas las acreencias laborales causadas con anterioridad al **8 de febrero de 2015**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**, lo anterior en relación únicamente con las causadas en el contrato de trabajo vigente entre el 6 de julio de 2012 al 30 de junio de 2017.

Se debe precisar que la acreencia solo fue analizada respecto del último de los contratos celebrados entre las partes, conforme al criterio sentado por nuestra alta corporación de

justicia ordinaria, pero en gracia de discusión, también se debe advertir que las probanzas obrantes en el expediente no dan cuenta que las cesantías causadas durante los tres primeros contratos de trabajo hayan sido reclamadas dentro tres años siguientes al finiquito de cada vínculo contractual.

De acuerdo a lo anterior, deberá declararse probada la excepción de prescripción de manera parcial.

Finalmente, en cuanto a las **vacaciones** en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declarará probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **8 de febrero de 2014**.

5. Acreencias laborales adeudadas. Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas a la actora, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

5.1. Auxilio de cesantía. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

Como se definió anteriormente, el actor tuvo una variación de salario para los años noviembre y diciembre de 2015, por lo tanto, y dando aplicación al contenido del artículo 249 ibidem, se tiene que la base salarial para liquidar las cesantías de esta anualidad equivale a \$943.405,50; igual operación se debe realizar respecto a las causadas para el año 2017, para tal efecto se obtiene como promedio la suma de \$1.686.788,83.

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente. En vista que el promedio salarial del año 2017 supera el tope referido con anterioridad, para esta anualidad no se tomará el auxilio de transporte.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$4.286.155** por concepto de auxilio de cesantía entre el 06 de julio de 2012 al 30 de junio de 2017.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías
2012	\$ 566.700,00	\$ 67.800	\$ 634.500,00	176	\$ 310.200
2013	\$ 589.500,00	\$ 70.500	\$ 660.000,00	360	\$ 660.000
2014	\$ 616.000,00	\$ 72.000	\$ 688.000,00	360	\$ 688.000
2015	\$ 943.405,50	\$ 74.000	\$ 1.017.405,50	360	\$ 1.017.406

2016	\$ 689.455,00	\$ 77.700	\$ 767.155,00	360	\$ 767.155
2017	\$ 1.686.788,83	\$ 0	\$ 1.686.788,83	180	\$ 843.394
Total Auxilio de cesantías					\$ 4.286.155

5.2. Intereses a las cesantías. Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$264.751** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días liquidados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2012	Prescritos			
2013				
2014				
2015	ene-16	360	\$ 1.017.406	\$ 122.089
2016	ene-17	360	\$ 767.155	\$ 92.059
2017	Terminación de la relación laboral	180	\$ 843.394	\$ 50.604
Intereses a las cesantías				\$ 264.751

5.3. Prima de servicios. El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

En la medida que el actor tuvo una variación de salario para el primero y segundo semestre del año 2015 y primer semestre del año 2017, en armonía con el artículo 306 ibidem, se tiene que la base salarial para liquidar las primas de servicios de estos interregnos la suma de \$856.211, \$1.030.600 y \$1.686.788,83 respectivamente. Como quiera que el promedio salarial del año 2017 supera los 2 salario mínimos legales, no hay lugar a tomar el auxilio de transporte.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$2.627.955** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
2012	Prescrita				
2013					
dic-14					
jun-15	\$ 856.211	\$ 74.000	\$ 930.211	180	\$ 465.106
dic-15	\$ 1.030.600	\$ 74.000	\$ 1.104.600	180	\$ 552.300
jun-16	\$ 689.455	\$ 77.700	\$ 767.155	180	\$ 383.578
dic-16	\$ 689.455	\$ 77.700	\$ 767.155	180	\$ 383.578
2017	\$ 1.686.788,83	\$ 0	\$ 1.686.789	180	\$ 843.394
Total Prima de servicio					\$ 2.627.955

5.4. Vacaciones. Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$6.719.719,50** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 06 de julio de 2012				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
06/07/2012 AL 05/07/2013	23/08/2014	\$ 2.986.542,00	360	\$ 1.493.271,00
06/07/2013 AL 05/07/2014	23/08/2015	\$ 2.986.542,00	360	\$ 1.493.271,00
06/07/2014 AL 05/07/2015	23/08/2016	\$ 2.986.542,00	360	\$ 1.493.271,00
06/07/2015 AL 05/07/2016	Terminación del Contrato	\$ 2.986.542,00	360	\$ 1.493.271,00

06/07/2016 AL 30/06/2017	Terminación del Contrato	\$ 2.986.542,00	180	\$ 746.635,50
Total vacaciones				\$ 6.719.719,50

6. Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías. Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado una indemnización moratoria.

Frente a lo ello cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso dan cuentan, sin mayores discusiones, que la dadora del laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la promotora del proceso a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

6.1. Liquidación indemnización moratoria. Ha sido criterio de la suscrita magistrada que, la indemnización moratoria en los precisos términos del artículo 65 del CST, procede a razón de un día de salario por cada día de retardo desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, siempre que se haya elevado el libelo demandatorio dentro del término de los 24 meses contados desde la finalización del nexo contractual, no obstante, en virtud de la orden adoptada dentro de la acción de tutela 110010205000202101124001 por parte de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia y confirmada por la Sala de Casación

Penal de esta misma corporación en la sentencia en sentencia STL11218-2021, y en la medida que estas decisiones fueron excluidas de revisión por parte de la Corte Constitucional, acogiendo lo allí dispuesto, se reconsidera la actual postura, para en su lugar, acoger el criterio que reina actualmente en la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y que ha adoptado mayoritariamente esta sala de decisión luego de su nueva conformación, en lo que a la forma de liquidación de esta sanción se refiere, esto es que, si a la terminación del contrato ocurre después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, y se interpone la acción dentro de los 24 meses contados a partir de la fecha del finiquito, procede la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24 y a partir del mes 25 se deberán reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y si transcurridos 24 meses el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar intereses moratorios a partir de la misma terminación del vínculo hasta que el pago se verifique, esto en el caso que el asalariado tenga una retribución superior al mínimo, tal y como ha sido reflejado entre otras, en las sentencias SL2966-2018, SL2140-2019 y SL2805-2020.

En consecuencia, para el caso en particular, se fulmina condena por este concepto, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó con posterioridad de los 24 meses finalizada la relación (acta de reparto del 22 de abril de 2021), así, la llamada a juicio deberá cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, desde el 30 de junio de 2017, fecha de terminación del contrato de trabajo, y hasta cuando el pago de prestaciones sociales se verifique, en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del CST, a título de indemnización moratoria.

6.2. Ponencia compartida - sanción por no consignación de las cesantías. En cuanto este pedimento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-076 de 2023, reiterando la providencia SL403-2013, indicó que su condena *"opera tanto para el pago parcial del auxilio de cesantías como para su no cancelación"*, luego para su liquidación la misma Corporación en sentencia de radicado 40272 de 2016, sostuvo *"que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"*.

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$21.815.413,50**.

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTÍCULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA
2012	\$ 566.700	15/02/2013	14/02/2014	Prescripción		
2013	\$ 589.500	15/02/2014	7/02/2015			
2013	\$ 589.500	8/02/2015	14/02/2015	\$ 19.650	6	\$ 117.900,00
2014	\$ 616.000	15/02/2015	14/02/2016	\$ 20.533	360	\$ 7.392.000,00
2015	\$ 943.406	15/02/2016	14/02/2017	\$ 31.447	360	\$ 11.320.866,00
2016	\$ 689.455	15/02/2017	30/06/2017	\$ 22.982	135	\$ 3.102.547,50
TOTAL SANCIÓN						\$ 21.815.413,50

7. Devolución de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión. En el libelo introductor se pretendió específicamente por la actora que se condene a la convocada a juicio al reembolso de los aportes a seguridad social, que fueron sufragados por el accionante, por la omisión de pago de estos conceptos por parte de la Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá.

Bajo ese horizonte, ha de precisarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL5197-2021, ha validado la devolución de los aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud que la trabajadora en exceso efectúo durante la vigencia del nexo, en el porcentaje que le correspondía al empleador, de manera que admitida su procedencia, en el caso en concreto, es necesario advertir que la parte interesada no acreditó dentro del presente juicio cuales fueron los valores sufragados por estos conceptos, teniendo el deber de demostrarlos, conforme las exigencias del artículo 167 del estatuto procesal general, por lo anterior, y ante la falta de demostración se impondrá la absolución de este pedimento, así como de sus intereses.

8. Devolución de lo pagado por aportes en riesgos laborales. Debe señalar la Sala que lo pretendido por el actor es que su empleador, sea condenado a devolver el porcentaje que por ministerio de ley debió realizar con destino a la administradora de riesgos laboral, por cuanto debió sufragarlos de su propio patrimonio y en su condición de contratista.

Siendo ello así y teniendo en cuenta la existencia de la relación de trabajo, es claro que a la empleadora le correspondía asumir el porcentaje respecto a la totalidad del aporte al sistema de seguridad social en materia de riesgos laborales, por lo que debe ser reintegrado a la actora de manera completa, en los términos del artículo 6° de la Ley 1562 de 2012. En ese orden, al igual que la anterior pretensión, no ha sido demostrado que dichos valores hayan sido cancelados por el petente, por esta razón, se debe absolver a la enjuiciada de esta pretensión, así como de sus intereses.

9. Indemnización por despido sin justa causa. El demandante argumentó en su libelo introductor que la accionada, después de más doce años de vigencia del vínculo laboral, este fue terminado de forma unilateral, injusta e ilegal, mediante escrito fechado el 07 de junio de 2017.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, a la trabajadora le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, en el informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada el 7 de junio de 2017, donde se expone *"La Liga le informa que, con fundamento en lo pactado en la cláusula octava del contrato de prestación servicios, este finalizará el día treinta (30) de Junio de 2017 y no será prorrogado y tampoco operará prórroga alguna por haberlo convenido así"*

Conforme a lo anterior, y dada la modalidad contractual declarada en la presente sentencia, surge como evidente que la demandada sólo quedaba legitimada para finiquitar de modo legal, conforme el artículo 61 del CST, en el primer evento, o por la configuración de alguna de las causales establecidas en el literal a) del art 7 del Decreto 2351 de 1965 o previo pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de lo pactado conforme al artículo 64 del C.S.T., es decir, que la expiración del plazo pactado inicialmente en el contrato de prestación de servicios, forma de terminación aducida por la pasiva, no tiene cabida para la forma de vinculación de las partes, en la medida que conforme las probanzas de este juicio las partes estuvieron atadas por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, lo que fuerza concluir que la terminación del contrato de trabajo del actor se produjo sin que mediara una justa causa o una causa legal para dar por terminada la relación laboral, es claro que deberá la encartada indemnizar a la accionante.

Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **\$10.916.807**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por la promotora del litigio se enmarca en el literal “a” del artículo 64 en cita, en tanto que, el trabajador devengaba menos de 10 salarios mínimos legales mensuales.

Indemnización por despido sin justa causa						
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Días a indemnizar	Total Indemnización
\$ 2.986.542	6/07/2012	5/07/2013	\$ 99.551,40	360	30	\$ 2.986.542,00
\$ 2.986.542	6/07/2013	5/07/2014	\$ 99.551,40	360	20	\$ 1.991.028,00
\$ 2.986.542	6/07/2014	5/07/2015	\$ 99.551,40	360	20	\$ 1.991.028,00
\$ 2.986.542	6/07/2015	5/07/2016	\$ 99.551,40	360	20	\$ 1.991.028,00
\$ 2.986.542	6/07/2016	30/06/2017	\$ 99.551,40	354	19,66	\$ 1.957.180,52
Total días					109,66	
Total Indemnización					\$ 10.916.806,52	

10. Indexación. La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo, como la compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y sanción por la no consignación de las cesantías objeto de condena, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 1 de julio de 2016 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

11. Costas. En ambas instancias a cargo de la demandada, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P., ante la prosperidad del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de julio de del 2023, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de cuatro contratos de trabajo a término indefinido entre el señor **Mario Arturo González Mariño** y **Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá**, en los siguientes interregnos:

- a) Del 1 de febrero de 2006 al 30 de marzo de 2006.
- b) Del 21 de noviembre de 2006 al 3 de septiembre de 2010.
- c) Del 5 de enero de 2011 al 5 de enero de 2012.
- d) Del 6 de julio de 2012 al 30 de junio de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá**, a pagar al señor **Mario Arturo González Mariño**, las siguientes sumas de dinero:

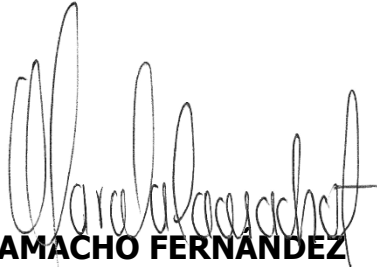
- a) **\$4.286.155**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$264.751**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$2.627.955**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$6.719.719,50**, por concepto de vacaciones, debidamente indexada.
- e) **\$298.030**, por la devolución de los aportes a pensión y salud pagados por la actora en exceso.
- f) **\$21.815.413,50**, por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, debidamente indexada.
- g) **\$10.916.807**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada.
- h) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, desde el 30 de junio de 2017 y hasta cuando el pago de prestaciones sociales se verifique.

TERCERO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción propuesta por la encartada **Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá** y las demás no probadas.

CUARTO: ABSOLVER a la **Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá** de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del señor **Mario Arturo González Mariño**.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá**.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

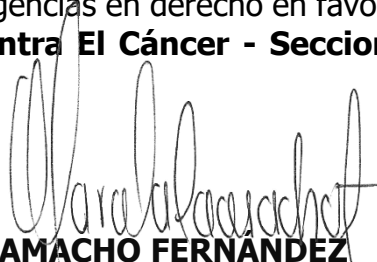

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **Mario Arturo González Mariño** y a cargo de **Liga Contra El Cáncer - Seccional Bogotá**, en la suma de \$4.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada