República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	1100131050 **01 2020 00079 01**
Demandante:	EDGAR CASTILLO ICOPO y MARTHA JANETH BAUTISTA POLO
Demandado:	INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

EDGAR CASTILLO ICOPO y MARTHA JANETH BAUTISTA POLO promovieron demanda ordinaria laboral en contra de INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A., a fin de declararse que entre el demandante señor EDGAR CASTILLO ICOPO y la demandada INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 5 de julio de 1995 y el 22 de octubre de 2014, al igual que se declare que la enfermedad laboral padecida por el actor *M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO, DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE* que lo afecta desde el 4 de diciembre de 2014

en virtud del dictamen emitido por LA NUEVA EPS, es objeto de relación de causalidad entra tal patología, las funciones y lugares de trabajo en los que desempeñó el cargo de Operario al servicio de la demandada.

Asimismo, se declare a la demandada INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A. responsable de la gestación de la enfermedad padecida por el demandante ante el incumplimiento de las normas de salud ocupacional, así como que se declare nulo o ineficaz el acta de transacción que celebrara con la encartada el 22 de octubre de 2014, al no haberse suscrito de manera consciente y libre, existiendo vicios en el consentimiento y por afectar el principio de proporcionalidad en materia de los derechos fundamentales laborales.

Por consiguiente, se condene a la sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A. a la indemnización plena de perjuicios de conformidad con lo establecido en el artículo 216 del C.S.T. y previo juramento estimatorio en los términos del artículo 206 del C.G.P. en los siguientes conceptos:

_ A favor de EDGAR CASTILLO ICOPO a razón de perjuicios materiales:

a) Lucro cesante consolidado $19.765.062.98.
b) Lucro cesante futuro $47.609.937.95.

_ A favor de EDGAR CASTILLO ICOPO a razón de perjuicios morales:

a) Perjuicios materiales consistentes en el daño emergente y lucro cesante, consolidados y futuros estimados en 20 SS.M.L.M.V.
b) Perjuicios morales sufridos como consecuencia de los diagnósticos de origen laboral que le produjeron una pérdida de capacidad laboral del 18.20% y que se estiman en la suma de 20 S.M.L.M.V.

Se condene a la demandada a pagar la suma de 20 S.M.L.M.V. por concepto de perjuicios morales causados a la demandante MARTHA JANETH BAUTISTA POLO, cónyuge del señor EDGAR CASTILLO ICOPO.

Se condene al pago de las condenas de manera indexada, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Se refirió en los supuestos fácticos que el demandante señor EDGAR CASTILLO ICOPO comparte lecho, techo y mesa con la señora MARTHA JANETH BAUTISTA POLO desde hace 30 años, unión de la cual se han procreado 2 hijos.

Que el señor EDGAR CASTILLO ICOPO ingresó a laborar al servicio de la empresa demandada inicialmente por intermedio de la Empresa de Servicios Temporales AYUDAMOS LTDA, la cual prestó servicios a la encartada entre el 20 de junio de 1994 y el mes de junio de 1995 y, el 5 de julio de 1995 se vinculó directamente con la empresa, desempeñando el cargo de Operario.

Se refirió que, ante la cotidianidad del trabajo del señor EDGAR CASTILLO ICOPO, debió someterse a levantar cargas entre 18 y 24 Kg sin ayuda mecánica, en una jornada de 8 horas diarias durante 20 años. Que el 17 de junio de 2014, la ARL SURA realizó una visita en las instalaciones de la empresa con el propósito de llevar a cabo un seguimiento laboral del señor CASTILLO ICOPO, de allí que se emitiera un informe de estudio en el puesto de trabajo del actor para la definición del riesgo osteomuscular fechado el 4 de agosto de 2014.

También se indicó que el 22 de octubre de 2014 la empresa adujo el finiquito laboral con justa causa, motivado en la inasistencia injustificada a trabajar por parte del señor EDGAR CASTILLO los días 1, 2, 3 y 4 de octubre de 2014; no obstante, el demandante tuvo que redactar un escrito manifestando su renuncia

voluntaria, so pena de que se perdieran las acreencias laborales y demás emolumentos a que tenía derecho.

Que el 7 de noviembre de 2014 el demandante se presentó en las instalaciones de la empresa con el fin de solicitar la autorización para la cancelación de sus acreencias laborales, encontrándose con la líder del proceso de gestión humana señora XIMENA CAMPUZANO GÓMEZ, quien le entregó un documento previamente elaborado que se denominaba *"acta de transacción – terminación de contrato por mutuo acuerdo entre las partes"* con fecha 22 de octubre de 2014, pero sin que se tuviera conocimiento del alcance en su contenido, mediante el cual se mencionaba una bonificación por mera liberalidad con la que se pretendió tranzar los derechos laborales, documento que autenticó hasta el 5 de noviembre de esa misma anualidad.

Se mencionó que al momento de la finalización de la relación laboral, al señor EDGAR CASTILLO la ARL SURA le estaba realizando seguimiento a su rol laboral dentro de la empresa, a lo cual, luego de distintas situaciones, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVLAIDEZ emitió dictamen en el año 2018 determinándole un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 18.20%, con fecha de estructuración del 24 de octubre de 2017 de origen laboral, de allí que la mentada ARL le reconociera una indemnización por la incapacidad permanente parcial, así como que, según se advierte de la historia clínica y certificación médica expedida por la NUEVA EPS, el actor fue atendido por diagnósticos relacionados al *M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO, DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE* con anterioridad al mes de mayo de 2014, fecha en la que se intensificó el dolor lumbar, y con la cual debió continuar tratamiento con la ARL.

Que la empresa durante el tiempo de servicios del demandante al servicio de la pasiva, esta última no tuvo un plan de salud ocupacional, ni le brindó la

capacitación adecuada al trabajador para realizar las labores encomendadas de conformidad con lo establecido en el Decreto 1530 de 1993.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A. contestó la demanda aceptando la relación laboral a término fijo con el demandante por el periodo comprendido entre el 5 de julio de 1995 y el 22 de octubre de 2014, desempeñando el cargo de Operario, arguyendo además que el último salario del trabajador ascendió a la suma de $958.265 y un salario mensual variable de $50.000, proporcional a la consecución de objetivos de producción establecidos mensualmente a cada línea de fabricación.

Que dentro de su jornada laboral el demandante realizaba labores en diferentes máquinas, tales como la Probat, máquina en que pasó la mayor parte de su vida laboral y que sirve para probar resortes, la cual cuenta con un polipasto para la manipulación de cargas entre 10 y 24 kg, y en la línea Oxford realizando labores de mejoramiento continuo en la optimización en la curvatura de radios, revenido, golpeadoras y de ensamble. Por tales razones la manipulación o levantamiento de cargas no fue una actividad continua ni única durante la vigencia del contrato de trabajo, agregando que, el hecho de que algunas de las funciones implicaran levantar cargas entre 10 a 24 Kg, era propio del cargo para el que fue contratado y tal actividad siempre se realizó con el lleno de los requisitos técnicos y de seguridad y salud en el trabajo para ello.

Mencionó que existieron circunstancias conforme a las cuales era procedente la terminación del contrato de trabajo del señor EDGAR CASTILLO ICOPO con justa causa, toda vez que, el hoy demandante de manera injustificada y sin contar con la autorización del empleador, no se presentó a prestar sus servicios personales los días 30 de septiembre y 1, 2, 3, y 4 de octubre de 2014, incumpliendo con la obligación principal del contrato de trabajo que es la

prestación efectiva del servicio; no obstante, el actor de manera libre, consciente, voluntaria e irrevocable, presentó su renuncia al cargo que desempeñaba el día 22 de octubre de 2014, respecto de la cual, se manifestó su aceptación mediante comunicación GHC-226-14 de la misma fecha.

También refirió que con el demandante se suscribió un acuerdo de transacción, el cual fue de carácter voluntario y a sabiendas el extrabajador de los términos y condiciones allí manifestados, los que tuvo oportunidad de conocer y revisar y que fueron ratificados ante notario, por lo que no gozan con vocación de prosperidad las pretensiones formuladas, máxime si las afectaciones en su salud sucedieron con posterioridad a la finalización de la relación laboral.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la culpa patronal, transacción, inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito en sentencia proferida 10 de marzo de 2023 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* indicó en primer lugar no existir controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 5 de julio de 1995 y el 22 de octubre de 2014, donde el actor desempeñó el cargo de Operario, con una última asignación salarial de $958.000 y un salario variable de $50.000.

Seguidamente, coligió que del caudal probatorio acreditado en el proceso, no se encontraron situaciones que dieran cuenta que la empresa demandada fuese responsable de la patología alegada por el actor, esto es, la atinente a *M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO, DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE*, en la medida

que si bien el demandante fue calificado por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ con una pérdida de capacidad laboral, la misma tuvo una fecha de estructuración en la anualidad 2017, tiempo posterior al finiquito laboral que ocurrió en el año 2014, adicional a que no existió reporte alguno por parte del actor durante el transcurrir de la relación laboral que advirtiera acerca de la afectación en la salud alegada en juicio.

De otra parte, expuso que el vínculo contractual finalizó como consecuencia de un contrato de transacción que suscribiera el demandante y que fuese incluso autenticado ante Notaría, documento que no fue tachado y que por demás fue suscrito de una manera libre, voluntaria y sin presiones, situaciones todas por lo que absolvió acerca de las súplicas de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló, manifestando no encontrarse congruente la relación entre la aceptación de la decisión presentada de dar por finalizado el contrato de trabajo la cual es visualizada en repuesta emitida por la aquí demandada el 22 de octubre de 2014 y el acta de transacción de terminación de contrato por mutuo acuerdo entre las partes que se suscribiera el 11 de noviembre de 2014.

Sin embargo, como se aceptó en el mismo interrogatorio de parte la suscripción del acuerdo transaccional se suscribió de manera apresurada ante la necesidad de la entrega del dinero, en virtud que a la fecha de suscripción de dicho documento no se habían cancelado los emolumentos por factor de prestaciones sociales que se derivaron de todo el vínculo laboral, adicional a que lo pretendido por la empleadora con el pacto transaccional era desconocer situaciones futuras con respecto a una indemnización plena de perjuicios de conformidad con lo establecido en el artículo 216 del C.P.T. y de la S.S.

De otra parte, alegó que, si bien a la suscripción de la transacción se desconocía totalmente la condición médica sobre una eventual pérdida de capacidad laboral, tal pérdida obedeció al ejercicio de las funciones laborales en la empresa demandada.

Que en lo que concierne a la declaratoria de la responsabilidad como trabajador frente a la disminución de la pérdida de capacidad laboral, en el proceso se certificaron los riesgos osteomusculares acaecidos, estableciéndose también que la demandada no cumplió ni acató las recomendaciones suministradas por la EPS y ARL con relación a los padecimientos presentados, así como que no se contaba con un cronograma de pausas activas, de allí que teniendo en cuenta lo regulado en los artículos 57 y 58 del C.S.T., en concordancia con el artículo 2º, literal g) de la Resolución 2400 de 1979, no se evidenció el cumplimiento de suministrar instrucción adecuada a los trabajadores antes de que se iniciara cualquier ocupación sobre los riesgos y peligros que pudiesen afectar las funciones, y sobre la forma, métodos y sistemas que debieran observarse para prevenirlos o evitarlos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención de los argumentos expuestos por el extremo demandante en la apelación, la Sala auscultará dos problemas jurídicos a resolver en la siguiente forma:

_ Si la patología aludida por el demandante, denominada *M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO, DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE*, es objeto de responsabilidad de su presunta causación por parte de la demandada INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A.

_ Determinar si el acuerdo de transacción suscrito entre el aquí demandante señor EDGAR CASTILLO ICOPO en su calidad de trabajador y la demandante INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A.S como empleadora, se encuentra revestida de los vicios del consentimiento alegados por el actor, esto es, error fuerza o dolo, ello con ocasión de las presuntas irregularidades alegadas dentro del *petitum*.

_ En caso de gozar de prosperidad lo anterior, deberán analizarse las pretensiones de carácter condenatorio.

c. Del contrato de trabajo:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero referir que entre el demandante señor EDGAR CASTILLO ICOPO y la encartada INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A. existió un contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 5 de julio de 1995 y el 22 de octubre de 2014, en virtud del cual el actor desempeñó como último cargo el de Operario, así como último salario básico en la suma de $958.265 y una asignación variable de $50.000, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo a término fijo suscrito, certificación expedida por la encartada y el acuerdo transaccional suscrito por ambas partes el 22 de octubre de 2014 (Fls. 19, 20 a 22 y 62 a 65 – PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, fls. 50 a 52 y 204 a 207 PDF 02 CONTESTACIÓN DEMANDA).

d. De la culpa patronal de que trata el artículo 216 del C.S.T:

Ahora bien, de conformidad con el artículo 216 del C. S. del T., "*Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios*", por lo tanto, le corresponde al accionante demostrar el advenimiento de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo, así como el daño proveniente del mismo, la culpa del empleador en su ocurrencia y el nexo de causalidad.

Al unísono, es preciso acotar que el máximo órgano de cierre sobre este punto, en sentencia del 6 de mayo de 2015, SL16792-2015, radicado 45750, precisó:

> *"La Sala comienza por precisar que en materia de riesgos profesionales -hoy riesgos laborales-, surgen dos clases de responsabilidad: (i) una objetiva -por el riesgo creado- que obliga a las administradoras de riesgos laborales «ARL» a reconocer al trabajador o a sus beneficiarios las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema, que se generan a partir de la ocurrencia del siniestro y para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador y, (ii) otra subjetiva derivada de la «culpa suficientemente comprobada del empleador», por la que se le impone la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados a consecuencia de los riesgos profesionales que sufra su trabajador, que es la consagrada en el art. 216 del C.S.T…*
>
> *"[…] la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] esta sí derivada de la "culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional", que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia…"*
>
> *"[...] En ese contexto, se equivoca la censura al sugerir que la indemnización plena de perjuicios consagrada en el art. 216 del C.S.T., emana de la responsabilidad objetiva -riesgo creado-, en tanto como se ha explicado, es la culpa suficientemente comprobada del empleador, en la ocurrencia del riesgo laboral, la que origina la responsabilidad subjetiva de aquel […]"*

De igual manera, esa Corporación en sentencia del 30 de junio de 2005, Rad: 22.656. ha referido:

> *"Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador.*
>
> *"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho, en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a este compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios.*
>
> *"De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador.*
>
> *"La abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.*
>
> *"No puede olvidarse, además, que 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo', tal y como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil ".*

Así, cuando se alega una actitud patronal omisiva como la causante del daño, deberá el empleador demostrar que no incurrió en la negligencia *"aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores*", según lo referido en sentencia SL7181-2015.

Bajo esta égida, como lo persigue el extremo accionante, la culpa patronal que estima próspera gravita en torno a demostrar que la enfermedad padecida por el actor *M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO, DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE* que fuese calificada como de origen laboral, es objeto de relación de la causalidad del daño en virtud de la labor desempeñada al servicio de INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A.

En tal sentido, pertinente resulta traer a colación que el actor fue calificado por parte de la NUEVA EPS, quien profirió el dictamen No. 38945886 del 4 de diciembre de 2014 determinando como patologías de origen laboral las denominadas *M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO* y *M513 DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE*, adicional a que en la descripción de las tareas del cargo del actor, se expuso: *"DURANTE 12 ANOS OPERABA MAQUINA DE PRUEBA DE COMPORTAMIENTO DE BALLESTAS DE PESOS REUBICADO EN HACE DOS ANOS EN AREA OFICIOS VARIOS JORNADA LABORAL: TURNOS ROTATIVOS DE OCHO HORA5 DURANTE 16 ANOS"* (Fls. 39 a 41 – PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL).

Yace el Dictamen No. 4883429-8193 del 25 de abril de 2016 expedido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, donde dicho ente le determinó al actor que la patología de *M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO, DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE* se encontraba revestida como de origen laboral, revocando así un dictamen emitido en primera instancia por parte de JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ, pero sin que allí se estableciera fecha de estructuración alguna (Fls. 42 a 48 – PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL).

Posteriormente, se encuentra acreditado el Dictamen No. 4883429-9956 del 12 de julio de 2018 emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, el cual determinó una pérdida de capacidad laboral del demandante equivalente al 18.20% de origen laboral con una patología de M519 TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, NO ESPECIFICADO – DISCOPATÍA L2-L3, L4-L5 y L5 S1, en L2-L3 HERNIA DISCAL CENTRAL, cuya fecha de estructuración lo fue a partir del 24 de octubre de 2017. Además, en el referido dictamen se aprecia que fue decidido en instancia final previa expedición de dictámenes emanados por la ARL SURA el 13 de febrero de 2017 y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ el 2 de noviembre de 2017 respectivamente (Fls. 49 a 57 – PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL).

Bajo este derrotero, en atención del análisis del *sub examine* al tenor del estudio *subjetivo derivado de la culpa suficientemente comprobada del empleador*, ha de reiterar la Sala que el punto de reproche del actor objeto de análisis gravita en torno a la patología *M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO* y *M513 DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE,* aspecto que arguye le fue calificado en primera oportunidad por parte de la NUEVA EPS en dictamen No. 38945886 del 4 de diciembre de 2014.

El último cargo desempeñado por el demandante fue el de Operario, actividad respecto de la cual la demandada allegó la descripción de dicho cargo (Fls. 53 a 65 – PDF 02 CONTESTACIÓN DEMANDA). Allí se especifica que el proceso consistía en manufactura al igual que el sub proceso era la producción. Además, describe el documento que en el área de ballestas los elementos de protección personal del trabajador eran los de protección auditiva (Inserción), Monogafas, Overol, Guantes de Carnaza, Botas Punteras y Peto.

De esa protección la empresa empleadora también acreditó al juicio documentación de la dotación correspondiente para las anualidades 2001, 2002, 2003, 2004, 20006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014 (Fls. 67 a 80 – PDF 02 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Además, yace plan de trabajo de la anualidad 2014 expedido por la empresa SURA a favor de la demandada para la anualidad 2014 cuyo objetivo era (i) el apoyo del cumplimiento de los requisitos legales, (ii) evitar la ocurrencia de trabajo de tipo mecánico a través de la implementación de estrategias de intervención para control de energías peligrosas y programas de intervención de accidentes en manos, (iii) apoyar la implementación de un sistema de tareas con la finalidad de llevar los riesgos a niveles tolerables para la organización y garantizar la integridad física de los trabajadores responsables en alturas, espacios confinados y energías peligrosas, (iv) apoyar la implementación en sistemas de vigilancia, con el fin de evitar la aparición de posibles enfermedades de origen profesional y controlar la evolución de aquellas identificadas, por exposición a ruido y carga osteomuscular, presentando alternativas de solución viables de implementación (diseñador industrial), y (v) generar destrezas, condiciones y procedimientos que les permitan a los ocupantes y usuarios de las instalaciones prevenir y protegerse en casos de desastres o amenazas colectivas que puedan poner en peligro su integridad o la de los recursos y el sistema / procesos (Fls. 81 a 83 – PDF 02 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Obra el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo que le expidiera la ARL SURA a la empleadora vigente para la anualidad 2014, en la que se determinó la materia prima y equipos utilizados en la actividad de la empresa, los turnos de trabajo, el organigrama de la misma, perfil socio demográfico, las políticas de seguridad y salud en el trabajo, objetivos generales y específicos, entre otros aspectos propios del giro ordinario de la actividad de la empleadora (Fls. 84 a 105 – PDF 02 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Se encuentran incorporados documentales acerca de las capacitaciones recibidas por el demandante para las anualidades 1996, 1997, 1998, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2012, inclusive con las firmas de aceptación de su recepción por el mismo trabajador y las cuales en su mayoría también fueron allegadas a juicio por el mismo trabajador, así como las pausas activas en tratándose para el beneficio de ojos, cuello, sentado de pie, relajamiento, manos y dedos, cadera y miembros inferiores, espalda y abdomen, las cuales se establecían dependiendo los horarios y turnos a realizar (Fls. 86 a 121 y 122 a 157 – PDF 02 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Asimismo, militan diferentes actas de reunión de comité paritorio de salud ocupacional que demuestran la integridad y programas a seguir de las políticas de resguardo de las labores realizadas por cada trabajador (Fls. 179 a 196 – PDF 02 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Hasta este punto, la Sala puede colegir que, si bien no existe duda de que al demandante le fue determinada una enfermedad de origen laboral mediante el dictamen No. 38945886 del 4 de diciembre de 2014 con patologías denominadas *M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO* y *M513 DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE*, lo cierto es que en atención del análisis de la culpa *subjetiva* por parte de la empleadora respecto de la configuración de la misma, no obra prueba que advierte una falta al deber de cuidado ante la falta de suministro de implementos o procesos de salud ocupacional, en tanto, como ya se advirtió, en todo momento al trabajador señor EDGAR CASTILLO se le capacitó y le fue entregada la dotación necesaria para el desarrollo de la actividad, tan es así que fue la misma aseguradora de riesgos laborales quien estuvo al tanto de esas medidas de cuidado y los diferentes procesos operacionales que debían desarrollarse dentro de la empresa.

De otra parte, de las declaraciones rendidas por los señores ANDRÉS MUÑOZ TORRES y JHON JAIRO CADENA PALACIO, quienes en la actualidad son

empleados de la encartada ocupando los cargos de Jefe de Planta y Gerente de Operaciones respectivamente, ambos fueron contestes en señalar que la actividad desarrolladas por el actor como Operario en todo momento se desarrolló con ayuda mecánica, especialmente con un Polipasto, el cual se encargaba de trasladar el peso de la carga con la que desarrollaba la actividad laboral.

Al unísono, tampoco puede perderse de vista el documento de formato de apoyo al empleador expedido por la ARL SURA el 17 de junio de 2014 y que fuese allegado por el demandante, que advirtió los compromisos de la empresa acerca acercar de la patología de LUMBAGO CON SIGNOS DE DISCOPATÍA padecía por el trabajador, en concordancia con el informe del estudio al puesto de trabajo del demandante el cual define las condiciones laborales, los implementos de trabajo otorgados, las horas de desarrollo de la actividad y la forma de realización de la misma, sin advertirse anomalía porte de la empleadora acerca de las obligaciones de su deber de cuidado (Fls. 24 a 25 y 26 a 38 – PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL).

Tal tópico, colige a su vez que según los preceptos del artículo 216 del C.S.T., en el asunto de marras no se presenta una culpa suficientemente comprobada frente al empleador acerca de la enfermedad profesional sucedida al demandante; por el contrario, lo que se advierte es que con ocasión de la configuración de una enfermedad profesional, la ARL SURA le canceló una indemnización por una incapacidad permanente parcial, aspecto último que se deriva de la culpa objetiva que por lo menos en este juicio en nada se le puede atribuir responsabilidad a la empleadora al tenor de los postulados de análisis descritos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, pertinente resulta que este cuerpo Colegiado exponga, que el análisis del *sub judice* que llevó a cabo el operador de instancia en este aspecto es errado, como quiera que efectuó un juicio valorativo bajo la égida de una

estabilidad laboral reforzada a las voces del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, cuando la realidad procesal refleja que lo perseguido por el actor hacía énfasis a la culpa patronal propia de los postulados del C.S.T.; no obstante, se confirmará a absolución, pero por las razones hasta aquí anotadas.

e. Del acuerdo de transacción suscrito entre el trabajador y la empleadora:

Como ya se advirtió, el demandante alude que el acuerdo de transacción que puso fin al finiquito laboral no se suscribió de manera consciente y libre, existiendo así vicios en el consentimiento.

Bajo este entendimiento, es menester precisar que en lo que respecta a los vicios del consentimiento, el artículo 1508 del Código Civil regula que, los que pueden adolecer el consentimiento son el error la fuerza y el dolo, regulados estos en los artículos 1509 y sub siguientes de dicha disposición normativa.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por su parte, ha sido reiterativa en aseverar que la carga probatoria de la configuración de tales supuestos, corresponde acreditarla a la parte demandante, así lo sostuvo en la sentencia SL13202-2015, radicación No. 47028 del 9 de septiembre de 2015:

> *"Ahora bien, frente a lo segundo, ha de recordarse que con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso. En el sub lite el recurrente incumple su deber de indicarle a la Corte, respecto de las pruebas cuyo juicio de valor acusa –acta de conciliación y convención colectiva-, cual de 11 Radicación n° 47028 ellas evidencian el vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo que no dio por acreditado el juez de alzada. En efecto, esa «adenda» -como la llamó el Tribunal- del acta de acuerdo que al manuscrito plasmó el trabajador, no acredita que su voluntad hubiese estado viciada, por el contrario, evidencia que en la diligencia de conciliación actuó libre de apremio que por error, fuerza o dolo viciara su consentimiento."*

Así lo ha venido sosteniendo en reiterativas decisiones tales como las SL4819-2021, Radicación No. 72990 del 20 de octubre de 2021, SL4433-2021, Radicación No. 87559 del 20 de septiembre de 2021, 4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, entre otras.

En este escenario, cuando existe una intención de influencia del empleador para con el trabajador a través de conductas o acciones dolosas, de fuerza o induciendo al error a este último, para que así se constituya el resultado de la renuncia bajo una coacción o constreñimiento, es cuando el acto jurídico se reviste de nulidad.

Pertinente resulta exponer que el acuerdo de transacción suscrito entre las partes contiene lo siguiente (Fls. 62 a 65 – PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL):

> *"**ACTA DE TRANSACCIÓN - TERMINACIÓN DE CONTRATO POR MUTUO ACUERDO ENTRE LAS PARTES***
>
> *En la ciudad de Bogotá, el 22 de octubre de 2014, se reunieron en las instalaciones de la notaría 29 del círculo de Bogotá, por una parte, el señor EDGAR CASTILLO ICOPO, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 4.883.429 de Agrado Huila; quien actúa en nombre propio y por la otra, EDUARDO HERRERA GALVIS mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 12,111,969, quien actúa en su calidad de Representante Legal de IMAL S.A., con el fin de protocolizar los términos de un arreglo amigable al que han llegado y por el cual, el señor, EDGAR CASTILLO ICOPO, declara haber recibido la totalidad de salarios, recargos nocturnos, horas extras, trabajos dominicales, auxilios de transporte, dotaciones cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio legales, vacaciones, indemnizaciones y en general todas las obligaciones derivadas del nexo laboral que los vinculó. Por lo cual, declara a paz y salvo a IMAL S.A., por todas las acreencias laborales derivadas de dicho vínculo.*
>
> *Acto seguido las partes manifiestan los términos en que se realiza el presente arreglo, así:*
>
> *1. Que el señor EDGAR CASTILLO ICOPO, prestó sus servicios a IMAL S.A.,*

mediante contrato de trabajo a término fijo desde el día 5 de julio de 1995 hasta el 22 de octubre de 2014. El último cargo desempeñado por el trabajador fue el de OPERARIO.

2. *El último salario devengado por el señor EDGAR CASTILLO ICOPO era de NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($ 958.265).*

3. *Que durante la vigencia del vínculo, los días 30 de septiembre, Octubre 1, 2, 3 y 4 el señor EDGAR CASTILLO ICOPO incurrió en faltas graves a sus obligaciones laborales, constitutivas de justa causa para dar por terminado el contrato por parte de IMAL S.A. consistentes en la inasistencia injustificada a su trabajo.*

4. *Posteriormente, el día 22 de octubre de 2014, el señor EDGAR CASTILLO ICOPO presentó carta de renuncia de forma libre, consciente voluntaria a IMAL S.A., la cual fue aceptada por parte de la compañía.*

5. *Que no obstante lo anterior, con el fin de dirimir eventuales controversias y precaver eventuales litigios las partes desean dar por terminado el contrato de trabajo de mutuo acuerdo, para lo cual IMAL S.A. entrega al señor EDGAR CASTILLO ICOPO la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($4.500.000 M/CTE) por concepto de bonificación por mera liberalidad del empleador, no constitutiva de factor salarial ni prestacional, con la cual se transan las eventuales discrepancias del trabajador, en especial, las derivadas por una reclamación de indemnización por despido sin justa causa.*

6. *Que con la suma ofrecida por la empresa y aceptada por el trabajador, las partes acuerdan dar por finalizado su contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre ellas.*

7. *Que a la fecha de la presente diligencia IMAL S.A. liquida y entrega oportunamente al trabajador el valor correspondiente a salario, prestaciones sociales, vacaciones y demás derechos laborales a que tiene derecho, cuyo valor se especifica como sigue:*

PAGOS	
Sueldo básico	$ 223.595,00
Auxilio de transporte	$ 16.800,00
Bonificación mera liberalidad	$ 4.500.000,00
Retroactivo salario	$ 20.633,00
Auxilio lavandería	$ 1.307,00
Remuneración variable	$ 50.000,00
Prima legal	$ 341.911,00
Vacaciones compensadas	$ 352.235,00
Cesantías	$ 874.690,00
Intereses sobre cesantías	$ 85.136,00
SUB TOTAL	**$ 6.466.307,00**

DEDUCCIONES	
Seguro social	$ 285.369,00
Dexcuento Feincol	$ 60.667,00
SUB TOTAL	**$ 346.036,00**
TOTAL	$ 6.120.271,00

8. *Que IMAL S.A. le entrega al señor EDGAR CASTILLO ICOPO, durante la presente diligencia de transacción, la suma de SEIS MILLONES CIENTO VEINTE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL PESOS ($6.120.271 M/CTE) como pago de la liquidación de acreencias laborales generadas a su favor, derivadas de la relación que existió entre las partes desde el día 5 de julio de 1995 hasta el 22 de octubre de 2014, y en la cual se encuentra incluida la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($4.500.000 M/CTE) a título de bonificación por mera liberalidad del empleador, la cual no tiene efectos salariales, ni prestacionales.*

9. *Que los valores mencionados en los numerales anteriores de este documento, se entregan al señor EDGAR CASTILLO ICOPO, mediante cheque número 563297 del Banco Bancolombia, cuyo valor asciende a SEIS MILLONES CIENTO VEINTE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL PESOS ($6.120.271 M/CTE), el cual el señor EDGAR CASTILLO ICOPO, declara haber recibido a satisfacción.*

10. *Las partes manifiestan que la bonificación por mera liberalidad, mencionada en los numerales anteriores que reconoció IMAL S.A., al señor EDGAR CASTILLO ICOPO, por un valor de CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($4.500.000 M/CTE) no tiene ningún efecto salarial ni prestacional y que la misma transa cualquier derecho o discrepancia que pudiera corresponder señor EDGAR CASTILLO ICOPO en virtud del contrato de trabajo término fijo, celebrado entre el 5 de julio de 1995 hasta el 22 de octubre de 2014, en especial por eventuales reclamaciones derivadas del pago de una eventual indemnización por despido sin justa causa, de la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, así como de cualquier controversia derivada de las disposiciones contenidas en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y la indemnización moratoria.*

11. *Que el señor EDGAR CASTILLO ICOPO, manifiesta que durante la*

ejecución del contrato de trabajo a término fijo que celebró con IMAL S.A., recibió la totalidad de salarios pactados, incluidos los causados desde el día 5 de julio de 1995 hasta el 22 de octubre de 2014, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargos nocturnos, trabajos dominicales y festivos, auxilios de transporte, dotaciones, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio y prestaciones derivados del nexo que lo vinculó a dicha compañía, por lo cual declara a paz y salvo por cualquier derecho incierto y discutible a IMAL S.A.

12. *Al recibir la bonificación por mera liberalidad del empleador, mencionada en los numerales anteriores, el señor EDGAR CASTILLO ICOPO, se obliga a abstenerse de instaurar cualquier tipo de reclamación judicial, administrativa o de otro tipo contra IMAL S.A. y/o sus socios y/o su representante legal, por los mismos hechos descritos en presente acta de transacción.*

13. *Si el señor EDGAR CASTILLO ICOPO, desconoce lo pactado en el numeral anterior, y directamente o a través de tercera persona, instaura acción judicial, administrativa o de cualquier tipo en contra de IMAL S.A. y/o sus socios y/o su representante legal, por los mismos hechos descritos en el presente documento, "trayendo como resultado una eventual condena y/o multa directa o subsidiaria en contra de IMAL S.A. y/o sus socios- y/o su representante legal, declara que autoriza que el pago reconocido mediante este documento sea imputado al valor de la condena o multa impuesta a ellos, por la autoridad competente."*

Según lo alega el demandante dentro de los supuestos fácticos de la presente demanda, en ningún momento tuvo conocimiento del documento que se le hizo firmar, situación de la no yace prueba que demuestre lo de su cargo, toda vez que los dichos por el demandante dentro del interrogatorio parte no puede analizarse favorablemente frente a lo estimado, máxime si confesó la suscripción del acuerdo transaccional.

Ahora, si bien el documento refleja que su suscripción se llevó a cabo el 22 de octubre de 2014, siendo elevado ante Notaría por el actor días posteriores, más exactamente el 7 de noviembre de 2014, esa situación a juicio de la Sala no puede ser reprochada para la configuración de algún vicio del consentimiento, más aún cuando el mismo fue elevado ante notario, lo que da cuenta el revestimiento del acto solemne, sin que se adviertan motivos o acciones de

constreñimiento o fuerza para que el demandante firmase la transacción.; circunstancia por la cual, la absolución determinada en primera instancia habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, a favor la parte demandada, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **02 2018 00541 01**
Demandante:	LEIVI ALEXANDRA CASTAÑO RENGIFO, GILBERTO REINOSO RENGIFO en nombre propio y en representación de las menores MELITZA LORENA REINOSO CASTAÑO, SHARIT VALENTINA REINOSO y KAROL SOFIA REINOSO CASTAÑO
Demandado:	MADERISA S.A.S. - LIQUIDADA
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada, respecto de la sentencia proferida el 28 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LEIVI ALEXANDRA CASTAÑO RENGIDO y el señor GILBERTO REINOSO RENGIFO, actuando por conducto de mandatario judicial, en nombre propio y en nombre y representación de sus hijos MELITZA LORENA REINOSO CASTAÑO, SHARITH VALENTINA REINOSO y KAROL SOFÍA REINOSO CASTAÑO, formularon demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad MADERISA S.A.S. (*En Restructuración para la fecha de presentación de la demanda*), a fin que se declare en entre la señora LEIVI ALEXANDRA CASTAÑO RENGIFO y MADERISA S.A.S., existió un contrato de trabajo entre el 16 de enero de 2016 y el 5 de marzo de 2016, devengando como salario el equivalente al mínimo legal mensual vigente, siendo la sociedad empleadora contractualmente responsable por los daños morales ocasionados por el accidente de trabajo que padeció por culpa imputable al empleador.

En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a la señora LEIVI ALEXANDRA CASTAÑO RENGIFO cien (100) salarios mínimos legales mensuales, por concepto de daño moral y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales por daños a la salud; al señor GILBERTO REINOSO RENGIFO cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales por daño moral; finalmnete, y ciento cincueta (150) salarios mínimos legales mensuales por daño moral a favor de MELITZA LORENA REINOSO CASTAÑO, SHARITH VALENTINA REINOSO y KAROL SOFÍA REINOSO CASTAÑO. De igual manera, depreca el pago de la indemnización moratoria por el no pago de la liqudiación definitiva y por no informar sobre la solución de aportes al sistema de seguridad social, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicaron que la señora LEIVI ALEXANDRA CASTAÑO RENGIFO ingresó a trabajar a la sociedad MADERISA S.A.S. el 16 de enero de 2016, al suscribir un contrato escrito de trabajo a término indefinido, pactando como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente; que desempeñó la labor de Ayudante de Patio, y el 5 de marzo de 2016 sufrió un accidente de trabajo, cuando la tronzadora neumática le amputó la mano a la altura de la muñeca.

Que el accidente acaeció cuando el jefe inmediato, señor ELVER ANDRÉS ROJAS, le ordenó cortar 550 listones de 1.50 metros con la tronzadora neumática, para cuyo manejo se requiere de formación y experiencia de mínimo 6 meses, no obstante, no tenía capacitación ni experiencia alguna, máxime que no había recibido inducción para manejar la tronzadora neumática.

Refiere que en una ocasión anterior ante la orden del jefe de patio de usar la tronzadora, el señor ISRAEL CUBIDES, su jefe inmediato, se lo impidió aduciendo que no estaba capacitada para ello; aunado a lo anterior, el puesto de trabajo al frente de la tronzadora estaba sucio, con residuos de madera y no apto para el desempeño eficaz de la operaria, además de no contar con los implementos de protección, tales como botas, casco, gafas, mascarilla, protector acústico y guantes resistentes de cuero.

Señala que se causaron perjuicios por causa imputable a la empleadora, la que además no solucionó la liquidación definitiva de prestaciones sociales y omitió informar el estado de pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad demandada MADERISA S.A.S. dentro del término legalmente concedido contestó la demanda, señalando ser ciertos los hechos atinentes a la existencia del contrato de trabajo y su extremo inicial, sin embargo, frente al accidente de trabajo aseveró que la tronzadora neumática le amputó la mano dado que, como su nombre lo indica, la máquina es neumática, es decir que no es automática, por ende, solo se acciona al oprimir el pedal por la operaria; de igual manera que el señor ELVER ANDRÉS ROJAS le suministró la capacitación adecuada; finalmente que el puesto de trabajo era seguro y si se entregaron los elementos de protección, culminándose el contrato de trabajo al haber accedido a la pensión de invalidez.

Refiere además que la empresa se encuentra en proceso de reorganización, por lo cual las acreencias laborales de la actora se relacionaron para su pago en dicho trámite, de conformidad con los lineamientos de la Ley 1116 de 2006.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de responsabilidad por culpa exclusiva de la actora; intervención de la señora LEIVI ALEXANDRA CASTAÑO en la causación del daño, generando eximente de responsabilidad del empleador, con ocasión de la culpa exclusiva de la actora;

petición de lo no debido en razón a la existencia de plenas condiciones de seguridad de la tronzadora; buena fe; pago; compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de abril de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de enero de 2016 y el 1º de diciembre de 2017, siendo la sociedad MADERISA S.A.S. responsable del accidente de trabajo que sufrió la trabajadora el 5 de marzo de 2016, conforme a lo considerado, y en consecuencia condenó a la demandada a pagar en favor de la señora LEIVI ALEXANDRA CASTAÑO RENGIFO, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de daños inmateriales y perjuicios morales, absolviendo de las restante pretensiones.

Para tal efecto, adujo inicialmente en lo que respecta al extremo final que por activa se aduce como tal el 5 de marzo de 2016, fecha del accidente de trabajo, en tanto la accionada aduce que el contrato solo finalizó el 1º de diciembre de 2017 en virtud al reconocimiento pensional, frente a lo cual estima que las pruebas documentales dan cuenta que el contrato continuó vigente e incluso la demandante señaló que tras la incapacidad se vinculó a la empresa, por lo cual el extremo final de la relación laboral corresponde al 1º de diciembre de 2017.

En lo atinente a los perjuicios señaló que se acreditó el accidente de trabajo, así como el daño, lo cual se desprende del reporte del accidente y del estudio de la

historia clínica, el cual implicó la amputación de la mano derecha; frente a la culpa del empleador señaló que a la demanda le correspondía acreditar que la actora tuvo la debida capacitación, así como los elementos de protección, pese a ello, de las pruebas documentales, así como del interrogatorio de parte de la demandada, no se acreditó tal aspecto.

En efecto, señaló que el contrato de trabajo refiere que la labor asignada es la de Auxiliar de Patio, sin que refiera lo atinente a la manipulación de la máquina (operaria) ni la debida capacitación; en igual sentido no advierte confesión por la parte demandante al absolver interrogatorio de parte y, finalmente la testigo LEIDY JOHANA RENGIFO PÉREZ, prima de la accionante, y quien laboró al servicio de la empresa para cuando sobrevino el accidente de trabajo, señaló que no se habían dado indicaciones de cómo realizar el corte de madera, además que el puesto de trabajo estaba desordenado y no se brindó capacitación; de otra parte, no se allegó prueba alguna de la empresa que acreditara que la trabajadora de manera imprudente o en contravía de las órdenes patronales, se haya expuesto al riesgo, lo cual también se predica de la inexistencia de capacitación, en tanto no fue demostrada por pasiva, lo cual no se subsana por la eventual ubicación de carteleras en el sitio de trabajo.

En igual sentido, encontró acreditado el nexo causal, teniendo en cuenta que el accidente devino de la falta de capacitación, así como por mantenerse el superior jerárquico, en la orden de cortar madera, pese a haberse informado por la trabajadora el no tener el conocimiento requerido, así como al encontrarse el puesto de trabajo desordenado, sin que la simple existencia de

carteleras sobre el manejo de la máquina, acredite el cumplimiento de las obligaciones de la empresa.

Respecto de las pretensiones, señaló que la trabajadora acreditó la existencia de perjuicios inmateriales, los cuales no es dable estimarlos económicamente, debiendo el juez estimar su monto atendiendo al principio de la dignidad humana y la gravedad del perjuicio (SL5154-2020), el cual comprende el daño moral, a la vida de relación y biológico; en ese sentido estimó que para la fecha del accidente ostentaba 21 años de edad, siendo de tal gravedad el daño que se encuentra pensionada, por lo cual atendiendo al arbitrio judicial, la indemnización asciende a 100 S.M.L.M.V.

De otra parte, absolvió del resarcimiento de perjuicios respecto del señor GILBERTO REINOSO RENGIFO y de las menores MELITZA LORENA REINOSO CASTAÑO, SHARIT VALENTINA REINOSO y KAROL SOFIA REINOSO CASTAÑO, al no acreditarse que el núcleo familiar tuvo afectación alguna, en tanto solo se acreditó el parentesco y la demandante además en el interrogatorio de parte refirió haberse separado de su entonces compañero permanente.

Finalmente, argumentó que la parte demandada aportó la liquidación final del contrato de trabajo y la demandante confesó que no se adeudaban prestaciones sociales, así como que le fue reconocida pensión de invalidez, lo que denota el pago de aportes pensionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada formuló recurso de apelación señalando que con la contestación de la demanda se aportaron las pruebas que acreditan que la empleadora adoptó todas las acciones necesarias para evitar el accidente que padeció la trabajadora; así, se allegó el catálogo de instrucciones de la maquina tronzadora y la traducción oficial, los cuales no fueron tachados por activa.

De otra parte, que la sentencia se fundamentó en el interrogatorio de parte y el testimonio de la prima de la accionante, lo cual no es concordante respecto a la alegada inexistencia de publicaciones sobre el manejo de la máquina lo cual, si se acreditó en el proceso documentalmente, lo cual no fue tachado.

Finalmente, que el *a-quo* no argumentó los motivos por los cuales estimó los perjuicios inmateriales en la cuantía máxima de 100 S.M.L.M.V., sin que el arbitrio judicial implique que no se deben consigna los criterios para fijar tal monto.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará (i) si la empleadora acreditó el cumplimiento de sus obligaciones, desvirtuando así la culpa patronal y (ii) si se ajusta a derecho la cuantía de los perjuicios morales.

4.3 Indemnización Plena de Perjuicios:

De conformidad con el artículo 216 del C. S. del T., "*Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios*", por lo tanto, le corresponde al accionante demostrar el advenimiento de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo, así como el daño proveniente del mismo, la culpa del empleador en su ocurrencia y el nexo de causalidad.

Ahora bien, es preciso acotar que el máximo órgano de cierre sobre este punto, en sentencia del 6 de mayo de 2015, SL16792-2015, radicado 45750, precisó:

> *"La Sala comienza por precisar que en materia de riesgos profesionales -hoy riesgos laborales-, surgen dos clases de responsabilidad: (i) una objetiva -por el riesgo creado- que obliga a las administradoras de riesgos laborales «ARL» a reconocer al trabajador o a sus beneficiarios las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema, que se generan a partir de la ocurrencia del siniestro y para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador y, (ii) otra subjetiva derivada de la «culpa suficientemente comprobada del empleador», por la que se le impone la obligación de resarcir*

de manera plena e integral los perjuicios ocasionados a consecuencia de los riesgos profesionales que sufra su trabajador, que es la consagrada en el art. 216 del C.S.T…

"[…] la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] esta sí derivada de la "culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional", que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia…"

"[...] En ese contexto, se equivoca la censura al sugerir que la indemnización plena de perjuicios consagrada en el art. 216 del C.S.T., emana de la responsabilidad objetiva -riesgo creado-, en tanto como se ha explicado, es la culpa suficientemente comprobada del empleador, en la ocurrencia del riesgo laboral, la que origina la responsabilidad subjetiva de aquel […]"

De igual manera, esa Corporación en sentencia del 30 de junio de 2005, Rad: 22.656. ha referido:

"Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador.

"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho, en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a este compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios.

"De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador.

"La abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

"No puede olvidarse, además, que 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo', tal y como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil ".

Así, cuando se alega una actitud patronal omisiva como la causante del daño, deberá el empleador demostrar que no incurrió en la negligencia *"aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores*", según lo referido en sentencia SL7181-2015.

Una vez determinado lo anterior, y en virtud del principio de consonancia, se tiene que no se censura por la parte recurrente la existencia del daño -*amputación de la mano derecha*-, sino el hecho de haberse acreditado por pasiva el cumplimiento de su obligación de inducción y capacitación al haberse aportado pruebas

documentales relativas al catálogo de instrucciones de la maquina tronzadora y la traducción oficial.

En esa medida, debe referirse que *no se atacó* por la recurrente, el hecho de haberse aportado al plenario el contrato de trabajo, el cual es claro en señalar que la labor encomendada es la de *Ayudante de Patio*, misma que difiere del empleo de *Operaria*, aspecto que estima relevante la Sala a efectos de considerar que se debía acreditar que la demandante ostentaba plenos conocimientos para llevar a cabo labores en la máquina tronzadora, misma que implicaba riesgos altos para la integridad física de la trabajadora.

De otra parte, la prueba documental en la cual se sustenta la alzada, se refiere a la aportada con la contestación de la demanda sobre el catálogo de funcionamiento de la tronzadora, debidamente traducida al español (fls. 313 a 346 02 ExpedientefísicoleivicastañootroVSmaderisafoliio246a5869.pdf), medio de convicción que, si bien refiere a los procedimientos de funcionamiento, lo cierto es que en manera alguna acredita que la accionante contara con los conocimientos suficientes para manipular la máquina, sin que deba soslayarse, que con la contestación de la demanda se aportó el Plan de Emergencia 2016-2018 de la empresa, el cual consagra que la sociedad cuenta con una *Sierra o Tronzadora Neumática* (fls. 178), adjuntándose además la documental denominada *"Procedimiento para Trabajo Seguro Sierra Neumática",* la cual, de manera expresa, refiere que *"La máquina* ***solo debe ser operada por personal capacitado*** *para dicho trabajo"* (fls. 149).

Así las cosas, el catálogo de funcionamiento no acredita la capacitación ni que la trabajadora contara con experiencia para el manejo de la máquina, más aún cuando, se reitera, fue contratada como *Ayudante de Patio*, sin acreditar la parte accionada que tal empleo se destinara al corte de madera mediante la tronzadora o sierra neumática.

En otro giro, la testigo LEIDY JOHANA RENGIFO PÉREZ, quien laboró en la empresa para la fecha del accidente, señaló que la accionante tenía como funciones el empacado, alistamiento de pedidos, entre otros, y que el día del accidente a la demandante le fue ordenado cortar listones para entrega, para lo cual no hubo inducción ni capacitación, sin que además de sus dichos se desprenda que haya manifestado que la empleadora cumplió con sus obligaciones de inducción y de capacitación para el manejo de la tronzadora neumática o que existieran carteleras con reglas de manejo; y si, en gracia de discusión, se tuviese que se haya accedido al catálogo de funcionamiento mediante carteles o avisos, tal aspecto no demuestra que se contara con la debida capacitación para la manipulación de una máquina que exponía a un riesgo alto a la trabajadora.

Prueba testimonial que en manera alguna se denota parcializada, en tanto se advierte coherente con respecto a la manera en que ocurrieron los hechos, así como lo advertido por la prueba documental y la orfandad probatoria de la parte demandada en cuanto a acreditar el cumplimiento de la obligación patronal de capacitar a la trabajadora para desempeñar una actividad de alto riesgo, como es el manejo de una tronzadora neumática, lo cual condujo a que la primera vez que realizaba dicha actividad, sufriera una amputación de la mano derecha, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

4.4 Perjuicios inmateriales:

El *a-quo* emitió condena por concepto de daño moral únicamente respecto de la trabajadora, excluyendo a su núcleo familiar, ello al encontrarlos acreditados, procediendo a cuantificarlos en la suma equivalente a cien (100) S.M.L.M.V., denotando inconformidad la parte recurrente en cuanto al monto, y ello únicamente aduciendo una falta de motivación para su establecimiento.

Así las cosas, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2029-2023, Radicación No. 86850 del 16 de agosto de 2023, señaló:

> *"En lo tocante a los perjuicios morales sufridos por los demandantes […] esta Corte ha puesto de presente los inconvenientes para estimar el daño moral monetariamente. Ante tal dificultad, debe analizarse las consecuencias emocionales de quienes lo sufren […]*
>
> *"Aunque el monto que se tase por estos perjuicios no representa una reparación económica exacta […] lo que se pretende con esa condena es mitigar de alguna manera el daño padecido, y por ello, es factible establecer su cuantía a la discreción del juez -arbitrio iudicis- teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los arts. 1 y 5 de la CN y la intensidad del perjuicio (se citan entre otras sentencias CSJ SL, 15 oct. 2008, rad. 32720, CSJ SL4665-2018, CSJ SL4570-2019, CSJ SL5154-2020).*

Ahora bien, *a contrario sensu* de lo aducido por la parte recurrente, el *a-quo* si realizó un análisis y pronunciamiento expreso de las razones que lo llevaron a estimar que los perjuicios inmateriales se cuantificaban en cien (100) S.M.L.M.V., considerando para ello la edad de la accionante para la fecha del accidente, que correspondía a 21 años, y la intensidad del daño que le ocasionó incluso la pérdida

de la capacidad laboral a temprana edad y subsistir con una pensión de invalidez, lo cual además guarda plena coincidencia con lo extraído de la historia clínica, que da plena cuenta de las secuelas psicológicas y sentimiento de desesperanza y minusvalía que generó el daño, aspectos que no se advierten como arbitrarios ni la suma estimada como excesiva, la cual se resalta comprendió *daño moral, a la vida de relación y biológico*, más aún cuando la parte recurrente solo adujo la inexistencia de motivación, lo cual como viene de verse, no tiene asidero al haberse argumentado en debida forma las razones por las cuales se estimó la condena por *arbitrio iudicis.*

De tal manera, que se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fija como agencias en derecho la suma de $2.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **03 2021 00061 01**
Demandantes:	JAIRO ARTURO ROGRIGUEZ CUESTA
Demandados:	SICTE S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS JAIRO ARTURO ROGRIGUEZ CUESTA formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad SICTE S.A.S., a fin que se declare que entre las partes medió un contrato de trabajo a término indefinido, con vigencia entre el 17

de marzo de 2008 y el 14 de marzo de 2019, culminando por decisión unilateral y sin justa de la empleadora.

En consecuencia, se condene a la accionada a reliquidar las acreencias laborales causadas en vigencia de la relación laboral incluyendo cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, liquidación final de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social; la sanción por el pago parcial del auxilio de las cesantías contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa; la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C. S. del T.; la indexación y lo que resulte en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones se refiere que el 17 de marzo de 2008 suscribió contrato individual de trabajo a término indefinido con la sociedad SICTE S.A.S., a fin de desempeñarse como Ayudante, devengando un salario de $515.000; que inicialmente desarrollo funciones correspondientes a la verificación de tendidos de fibra óptica, y en el año 2011, tras un diagnóstico de una patología de origen común, fue reasignado en actividades básicas de correspondencia, plomería y reparaciones locativas del bien inmueble en donde actualmente se ubica la empleadora, para lo cual no requería trasladarse.

Que devengaba un auxilio de movilización de manera permanente, el cual ascendía a $270.000, la cual en realidad retribuía la prestación personal de sus servicios;

que el 13 de marzo de 2019, se le ordenó realizar reparaciones en el techado del inmueble, para lo cual no se le suministraron los elementos de protección personal ni fue capacitado para ello, y posteriormente notificó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo una supuesta justa causa por no utilizar los elementos de protección personal (EPP) para desarrollar sus labores y especialmente para trabajo en alturas, violar normas elementales de seguridad, poner en riesgo grave su vida y los intereses de la empresa, sin haber además garantizado el derecho de defensa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad accionada contestó la demanda señalando que el auxilio de movilización se solucionaba por mera liberalidad, tal como consta en la cláusula décima segunda del contrato de trabajo; de otra parte, que canceló las acreencias laborales con el salario realmente devengado y que el contrato de trabajo culminó con justa causa imputable al trabajador, garantizándose el derecho de defensa, lo cual obedeció a que de manera temeraria ascendió al techo no solo sin usar los elementos de protección personal, sino ubicando una escalera sin mínimas medidas de seguridad, siendo que había sido capacitado.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, enriquecimiento injusto, compensación, inexistencia de mala fe, prescripción, buena fe frente a las indemnizaciones solicitadas por la parte demandante y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 17 de marzo de 2008 y el 14 de marzo de 2019, en consecuencia, condenó a la accionada al pago de $7.087.558 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá ser indexada, absolviendo de las restantes pretensiones.

Para tal efecto señaló que no existe discusión respecto de la existencia del contrato de trabajo, sus extremos laborales, así como que culminó por decisión unilateral por la empleadora, al aducir la configuración de una justa causa. En lo atinente al auxilio de movilización estableció que el contrato de trabajo en su cláusula segunda consagra que no constituye salario lo regulado en el artículo 128 del C.S.T., entre ellos, los medios de transporte; de otra parte, el representante legal de la accionada refirió que el auxilio no se constituyó para retribuir el servicio sino para facilitar sus labores en tanto el trabajador en ocasiones debía trasladarse a otro parqueadero, motivo por el cual la suma devengada no constituye salario. De otra parte, el monto pactado no se constituye excesivo a fin de estimarse que se pretendía desnaturalizar el salario, más aún cuando incluye desplazamientos desde el domicilio hasta el lugar de trabajo. Así mismo, en los años 2008 y 2009 el empleador no reconoció el beneficio; por mera liberalidad lo hizo en los años 2010 y 2011 por valor de $20.000 mensuales; en el 2011 también lo hizo por valor de $60.000, en el año 2013 por el mismo valor y hasta el mes de mayo, en tanto desde el mes de junio reconoció el valor de $145.000; $160.000 desde febrero de 2014; así mismo $167.000 desde febrero de 2015 y 2016, posteriormente $220.000 y $270.000 desde febrero de 2018.

En ese orden de ideas se advierte que los pagos se realizaban por mera liberalidad y no constituían salario, por ende, no le asistía derecho al trabajador a la reliquidación de acreencias laborales, y al no existir deuda alguna, de la sanción por la no consignación de cesantías y la indemnización moratoria.

Respecto de la indemnización por despido sin justa causa señaló que la parte demandada adujo que garantizó el derecho de defensa del trabajador, no obstante, no se aportó prueba alguna que lo acredite, sin que los correos electrónicos den cuenta de ello, en tanto refieren que se adoptarán medidas frente a la señala violación de utilizar medidas de seguridad, sin que las mismas se llevaran a cabo.

Así las cosas, el despido operó de manera automática sin escuchar al trabajador, como lo exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, motivo por el cual condenó al pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del C.S.T.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando que el auxilio de movilización no era de carácter ocasional sino permanente, por ende, del tenor literal del artículo 128 del C.S.T., el pago realizado si constituye salario. Adicionalmente, que no se acreditó que el auxilio se destinaba para los traslados desde el domicilio, lo cual se cubría con el subsidio de transporte al devengar una suma inferior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que sea dable que por solo contener la palabra movilización, acredite que era para los traslados;

así mismo, que se acreditó del interrogatorio de parte del demandado, que el trabajador no realizaba movilizaciones para prestar el servicio.

Por ende, el auxilio se constituía una remuneración por la prestación del servicio e ingresaba al patrimonio del trabajador; de otra parte, que las tablas en Excel aportadas por la pasiva, no acreditan el monto de los pagos, al no tratarse de transferencias bancarias, incumpliendo así la prueba decretada por el despacho de allegar los soportes de pago. Además, el incremento era anual y no como lo estimó el *a-quo*.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si el accionante tiene derecho a la reliquidación de acreencias laborales, en virtud de haber devengado un auxilio de movilización, el cual se constituye en salario.

4.3 Contrato de trabajo:

Inicialmente debe acotarse que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes, cuyos extremos laborales corresponden del 17 de marzo de 2008 al 14 de marzo de 2019, aspecto así definido por el *a-quo* y que no fue objeto de alzada, y que además se encuentra en consonancia con el contrato escrito de trabajo (fls. 39 a 43 archivo digital 01ActaReparto623DemandaAnexos.pdf), así como de la misiva de despido (fls. 47 y 48 archivo digital 01ActaReparto623DemandaAnexos.pdf).

4.4 Del pago denominado *auxilio de movilización* como constitutivo de factor salarial:

El actor sostiene en el libelo demandantorio que percibía de manera mensual y habitual un auxilio de movilización, desde el inicio del contrato hasta la finalización del mismo, ascendiendo a $270.000 para cuando culminó la relación laboral; así mismo, relata que para el desarrollo de sus funciones no debía trasladarse fuera de su lugar de trabajo; la parte demandada reconoció como cierto el haber pagado el auxilio, no obstante señala que lo hizo por mera liberalidad aunado a ello que se pactó que no constituye salario en la cláusula décimo segunda del contrato de trabajo.

Así las cosas, pertinente resulta poner de presente que en lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte; como primas, sobresueldos, bonificaciones

habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituye salario las sumas que *ocasionalmente y por mera liberalidad* recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, *medios de transporte*, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituyen salario, serán excluidos.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

> *"CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO*
>
> *"Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto,* ***no son salario*** *las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación,* ***medios de transporte****, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y*

entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

"Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, ***que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido.*** *De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.*

"[…]

"LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

"El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

*"**La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo**» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).*

"Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

"[…] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

"[…]

"LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

"Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Tal decisión jurisprudencial emanada por el órgano de cierre, se ha venido reiterando en distintas decisiones como la SL1576-2023, Radicación No. 96599 del 5 de julio de 2023, SL1557-2023, Radicación No. 93571 del 4 de julio de 2023, SL1509-2023, Radicación No. 92079 del 27 de junio de 2023, entre otras.

Bajo este escenario, pertinente también resulta poner de presente que la cláusula décimo segunda del contrato de trabajo dispuso:

"Décima segunda. Se conviene que ninguno de los pagos enumerados en el artículo 128 del Código sustantivo del trabajo, modificado por la ley 50/90, art.15, tienen carácter de salario. Igualmente se acuerda que los siguientes beneficios o auxilios, de conformidad con la misma norma, tampoco tendrán naturaleza salarial".

Así las cosas, debe advertirse que se pactó una cláusula genérica que se limita a remitirse a la disposición legal contenida en el artículo 128 del C.S.T., la cual refiere que los emolumentos destinados a para desempeñar a cabalidad las funciones, como los medios de transporte, no constituyen salario.

De igual manera, debe advertirse que, *a contrario sensu* de lo alegado por el recurrente, es la parte demandante quien tiene la carga probatoria de acreditar el haber percibido de manera habitual sumas de dinero, más aún, cuando así lo alegó en el supuesto fáctico de la demanda.

En ese orden de ideas, debe señalarse que se acreditó el haber devengado el *auxilio de movilización*, ello en tanto la parte demandada lo aceptó al contestar la demanda, así como en el interrogatorio de parte y, además se aportaron nóminas de pago de marzo de 2019 (fl. 28 archivo digital 06ContestaciónDemandaSicteSas20211021.pdf); así como la relación de pagos que realizara la empresa con destino al proceso (fls. 24 a 80 10SicteSasDocumentosRequeridosAud20221019.pdf), documental que, si bien en el recurso de alzada se aduce que no corresponde con la realidad, lo cierto es que no fue redargüida o tachada en la oportunidad procesal oportuna.

De otra parte, tal como se estableció en inicio, la relación laboral se desarrolló entre el 17 de marzo de 2008 y el 14 de marzo de 2019, no obstante, no se acreditó el pago durante toda la relación laboral, ello en tanto el primer pago que se detalla data del mes de febrero de 2010, acreditándose en adelante, los siguientes pagos:

AÑO	MESES	AUXILIO DE MOVILIZACIÓN
2010	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 20.000
2011	ENERO A DICIEMBRE	$ 20.000
2012	ENERO A DICIEMBRE	$ 60.000
2013	ENERO A JUNIO	$ 60.000
	JULIO A DICIEMBRE	$ 145.000
2014	ENERO	$ 145.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 160.000
2015	ENERO	$ 160.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 167.000
2016	ENERO A DICIEMBRE	$ 167.000
2017	ENERO	$ 167.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 220.000
2018	ENERO	$ 220.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 270.000
2019	ENERO A MARZO	$ 270.000

De tal manera, que se acreditó el pago del auxilio de movilización, el cual era habitual desde el mes de febrero de 2010, variando su monto como se advierte en precedencia.

Ahora bien, tal como lo refiere la jurisprudencia antes citada, a efectos de considerar que dichos montos no constituyen salario el empleador debe demostrar la destinación específica, la cual debe obedecer a una causa distinta a la prestación del servicio, "*como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida*", ello al

ser el "*dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios"* (CSJ SL5159-2018).

De igual manera, esa Corporación en sentencia SL2654-2023, Radicación No. 95731 del 31 de octubre de 2023, en la cual memoró la sentencia CSJ SL986-2021, señaló que "*Al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a este, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio. De ahí que, para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico".*

Ahora bien, de las pruebas documentales en manera alguna se acredita que en efecto el auxilio de movilización haya tenido por destinación el cubrir gastos de transporte en cumplimiento de funciones o para realizar traslados desde el domicilio del trabajador, más aún cuando no es dable acreditar tal situación con el interrogatorio de parte del representante legal de la demanda, y de otra parte, no se advierte confesión alguna del accionante y no se decretó testimonio alguno para aclarar tal aspecto.

De tal manera, que la parte demanda no cumplió con el *onus probandi* de acreditar que en efecto el denominado *auxilio de movilización,* no retribuyera el servicio. De

igual manera, el hecho que haya tenido variaciones en el tiempo, en manera alguna acredita que el pago tuviera por objeto facilitar las funciones del trabajador.

Por tal razón, resulta palmario que por pasiva no se acreditó que el pago a razón de *auxilio de movilización* no se haya dado con ocasión ineludible a la contraprestación personal del servicio del demandante, lo que conlleva a que la sentencia de primera instancia se revoque en este aspecto, y por ende se deben analizar las condenas perseguidas por el actor, así como de manera previa analizar la prescripción.

4.4 Prescripción:

Como ya se enfatizó, la relación laboral del demandante con la encartada abarcó el periodo comprendido entre el 17 de marzo de 2008 y el 14 de marzo de 2019, presentándose la demanda el 20 de enero de 2021 (fl. 2 archivo digital 01ActaReparto623DemandaAnexos.pdf), siendo notificada el 24 de septiembre de 2021 (fls. 1 a 3 archivo digital 05NotificaciónSicteSas20210924.pdf), motivo por el cual se encuentran prescritas las acreencias laborales causadas con anterioridad al 20 de enero de 2018, excepto para vacaciones, las cuales se encuentran prescritas con anterioridad al 20 de enero de 2017, y cesantías que no prescribieron al no transcurrir más de tres años desde la finalización del vínculo laboral y aportes a pensión, los cuales son imprescriptibles.

Así las cosas, se tendrá para todos los efectos, que el *auxilio de movilización* se constituye en factor salarial respecto de las acreencias laborales causadas, de la siguiente manera:

AÑO	DIAS	AUXILIO DE MOVILZIACIÓN	**CESANTÍAS**	**INTERESES A LAS CESANTÍAS**
2008	293	0	0	Prescrito
2009	360	0	0	Prescrito
2010	360	$20.000	$20.000	Prescrito
2011	360	$20.000	$20.000	Prescrito
2012	360	$60.000	$60.000	Prescrito
2013	360	$145.000	$145.000	Prescrito
2014	360	$160.000	$160.000	Prescrito
2015	360	$167.000	$167.000	Prescrito
2016	360	$167.000	$167.000	Prescrito
2017	360	$220.000	$220.000	Prescrito
2018	360	$270.000	$270.000	$32.400
2019	74	$270.000	$55.500	$6.660
TOTAL			**$1.284.500**	**$39.060**

Año	Días	Auxilio de Movilización	**Prima de Servicios**
2018	341	$270.000	$255.750
2019	74	$270.000	$55.500
TOTAL			**$311.250**

Periodo	Días	Días De Vacaciones	Auxilio De Movilización	**Vacaciones**
17 de marzo de 2016 a 16 de marzo de 2017	360	15	$167.000	$83.500
17 de marzo de 2017 a 16 de marzo de 2018	360	15	$220.000	$110.000
17 de marzo de 2018 a 14 de marzo de 2019	357	14.87	$270.000	$133.830
TOTAL				**$327.330**

De otra parte, se dispondrá que la accionada solucione con destino a la AFP a la cual se encuentre afiliado el actor, el respectivo cálculo actuarial por los periodos comprendidos entre el 17 de marzo de 2008 y el 14 de marzo de 2019, a efectos de solucionar como aportes a pensión la cotización faltante por las siguientes sumas:

AÑO	MESES	AUXILIO DE MOVILIZACIÓN
2010	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 20.000
2011	ENERO A DICIEMBRE	$ 20.000
2012	ENERO A DICIEMBRE	$ 60.000
2013	ENERO A JUNIO	$ 60.000
	JULIO A DICIEMBRE	$ 145.000
2014	ENERO	$ 145.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 160.000
2015	ENERO	$ 160.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 167.000
2016	ENERO A DICIEMBRE	$ 167.000
2017	ENERO	$ 167.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 220.000
2018	ENERO	$ 220.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 270.000
2019	ENERO A MARZO	$ 270.000

Finalmente, respecto de la sanción por la no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria, se debe señalar que la cláusula de exclusión salarial se constituyó de manera genérica al solo remitirse al artículo 128 del C.S.T., sin que además la parte demandada haya esgrimido y acreditado que haya tenido la convicción que el auxilio no retribuía el servicio. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2454-2023, Radicación No. 95846 del 10 de octubre de 2023, señaló:

"La Sala considera que esta sanción es procedente, tal como lo sostuvo el a quo, pues, siguiendo la línea del precedente atrás mencionado (SL4342-2020), donde, esta Corte expuso frente a esta sanción, que:

"De otra parte, el demandante solicitó en el recurso de apelación que se condene a la empresa accionada al pago de las sanciones moratorias, la Sala procede a imponerlas porque de las pruebas allegadas no deriva alguna razón atendible para que la accionada se abstuviera de reconocer la incidencia salarial de la prima extralegal. Por el contrario, la cláusula de exclusión salarial en la que se soportó para evadir su obligación dispone, expresamente, que su ámbito de aplicación se restringe a las prestaciones eventuales u ocasionales, enunciado normativo que claramente no era aplicable a la prima de marras. Además, la demandada no explicó ni acreditó certeramente por qué su finalidad no era retributiva.

"Así, al revisar el caso bajo estudio, fuerza indicar que de los medios de convicción aportados al presente proceso, no deviene una motivación razonable para que la demandada no reconociera la incidencia salarial de la prima extralegal disputada en el juicio, a pesar de que retribuía el servicio personal prestado por el demandante, al punto, que se pagó durante toda la ejecución del contrato de trabajo, amén, de que la pasiva no explicó, como quedó expuesto, porqué su finalidad no era retributiva.

Así las cosas, la sanción por la no consignación de cesantías, se calcula de la siguiente manera (salario de 2018 promediado al ser variable):

AÑO	Periodos	DIAS	SALARIO	**SANCION**
2017	15 febrero de 2018 a 14 de febrero de 2019	360	$1.303.140	$15.637.680
2018	15 febrero de 2019 a 14 de marzo de 2019	30	$1.454.313	$1.454.313
				$17.091.993

Respecto de la indemnización moratoria el artículo 65 del C.S.T. consagra que se la misma corresponde a un día de salario por cada día de retardo durante

veinticuatro (24) meses, y si transcurridos ese lapso desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria el, empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

En el *sub-lite* la relación laboral terminó el 14 de marzo el 2019 y la demanda se radicó el 20 de enero de 2021, por ende, durante los primeros 24 meses, corresponde una suma equivalente a $34.903.512, y partir del 15 de marzo de 2021 los intereses moratorios.

Así las cosas, se revocará parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que los emolumentos percibidos por el trabajador dentro del contrato de trabajo a título de *auxilio de movilización*, eran constitutivos de factor salarial.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad SICTE S.A.S. a reconocer y pagar a favor del señor JAIRO ARTURO ROGRIGUEZ CUESTA y a título de reliquidación salarial por concepto de *auxilio de movilización*, las siguientes sumas de dinero:

a) $1.284.500 por auxilio de cesantías.
b) $39.060 por intereses a las cesantías.
c) $311.250 por prima de servicios.
d) $327.330 por vacaciones.
e) El respectivo cálculo actuarial por los periodos comprendidos entre el 17 de marzo de 2008 y el 14 de marzo de 2019, a efectos de solucionar como aportes a pensión la cotización faltante por las siguientes sumas:

AÑO	MESES	AUXILIO DE MOVILIZACIÓN
2010	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 20.000
2011	ENERO A DICIEMBRE	$ 20.000
2012	ENERO A DICIEMBRE	$ 60.000
2013	ENERO A JUNIO	$ 60.000
	JULIO A DICIEMBRE	$ 145.000
2014	ENERO	$ 145.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 160.000
2015	ENERO	$ 160.000
	FEBRERO A	$ 167.000

	DICIEMBRE	
2016	ENERO A DICIEMBRE	$ 167.000
2017	ENERO	$ 167.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 220.000
2018	ENERO	$ 220.000
	FEBRERO A DICIEMBRE	$ 270.000
2019	ENERO A MARZO	$ 270.000

f) $17.091.993 por sanción por la no consignación de las cesantías.

g) $34.903.512 por indemnización moratoria, y partir del 15 de marzo de 2021 los intereses moratorios hasta el pago de las prestaciones sociales.

CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción sobre las pretensiones perseguidas por el actor, a excepción del pago de los aportes pensionales y cesantías, con ocasión de la reliquidación pensional conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **04 2018 00775 01**
Demandante:	SANDRA LILIANA PINZON VELASCO
Demandados:	COLPENSIONES Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de SKANDIA S.A. a la abogada LUISA FERNANDA RENGIFO MEDINA, identificada con cédula de ciudadanía 1.007.400.439 y T.P. 383.547 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, se reconoce personería en representación de COLPENSIONES a la abogada GIOMAR ANDREA NEIRA CRUZ, identificada con cédula de ciudadanía 52.122.863 y T.P. 194.432 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A. en contra de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA LILIANA PINZON VELASCO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que realizó del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de SKANDIA S.A., y que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes que realizó junto con los rendimientos que se hubieren causado, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos intereses, más lo que resulte probado de maneta *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 26 de enero de 1961, y estuvo afiliado en el régimen de prima media con prestación definida desde el 1º de junio de 1979 hasta el 29 de febrero de 2008, acreditando 666 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y a la fecha de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad un cúmulo de 1338 semanas, el cual se hizo efectico en marzo de 2008 a través de SKANDIA S.A.

De otro lado, refirió que SKANDIA S.A., para motivar su traslado le indicó que el I.S.S. sería liquidado, por ende, la posibilidad de perder sus cotizaciones y de no poder pensionarse era latente, por el contrario, le dijo que en ese régimen accedería de manera anticipada a la pensión, la cual sería superior a la que le obtendría en el fondo público, sin advertirle que después del traslado ya no podía regresar al régimen de prima media, e indicarle las diferencias y características de ambos regímenes, omitiendo así deber de información al momento del traslado. Igualmente, enfatizó que solo se enteró del engaño en que le hizo incurrir el fondo privado después de solicitar una proyección de su mesada, la cual evidencio que la que recibiría en ese régimen sería muy inferior a la del régimen de prima media, motivo por el cual solicitó su retorno a ese régimen, petición que fue negada. (f. 4 a 14 y 62 a 71 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la demanda, dado que no le constan las circunstancia de tiempo, modo y lugar en las cuales se brindó asesoría a la demandante, de manera que, debe probarse el engaño u omisiones en el que se le hizo incurrir por parte del fondo privado, en el cual recae la obligación de brindar información a sus potenciales afiliados.

Como excepciones propuso las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción. (f. 88 a 96 archivo 01)

SKANDIA S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que al momento del trasladó de régimen pensional la actora recibió capacitación verbal sobre el funcionamiento del RAIS, así como de los beneficios y particularidades de las administradoras de fondos de pensiones conforme la normatividad vigente para el año 2008.

En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica. (f. 2 a 24 archivo 01).

En cuanto al llamamiento en garantía que elevó SKANDIA S.A., respecto a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. (f. 78 a 83 archivo 03). El cual fue aceptado mediante auto de 13 de enero de 2022. (archivo 06).

Por auto de 19 de julio de 2022, se admitió la reforma a la demanda en la cual se adiciona a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como parte del litisconsorcio necesario, sin que las demandadas emitieran pronunciamiento sobre el particular, por lo que se les tuvo por no contestada la demanda. (archivos 10)

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. al pronunciarse sobre la demanda, la reforma y el llamamiento en garantía, dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la demanda, dado que no están dirigidas en su contra. y

propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva en relación a MAPFRE S.A. y el reconocimiento oficioso de excepciones.

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso dado que el objeto del seguro previsional consiste en que en caso de realizarse el riesgo se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital para financiar el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Como excepciones de mérito del llamamiento propuso las que nombró como inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA, frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante SKANDIA S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (archivo 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de octubre de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de SANDRA LILIANA PINZÓN VELASCO vigente desde marzo de 2008, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA S.A., a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta*

orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esta orden deberá cumplirse dentro del término de los 15 días siguientes al termino señalado en el numeral anterior.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.
QUINTO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito propuestas por Mapfre denominada Mapfre denominada frente a la acción material ejercida por la parte demandante, skandia s.a. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas SKANDIA S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $ 1/2 smmlv.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas SKANDIA S.A. a favor de la llamada en garantía Mapfre. Fíjense como agencias en derecho la suma de $ 1/2 smmlv.

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

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

Refirió que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha sostenido que, dentro de las garantías en favor de los afiliados, las AFP deben suministrar información de manera clara, cierta, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias al momento en que una persona desea trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas, lo que no se cumple el formulario de afiliación, además, que dicha asesoría debe constar por

escrito para verificar que se le haya explicado cómo se financia la pensión en ambos regímenes, en el de prima media se debe cumplir con un número de semanas que para el año en que se trasladó la actora es de 1300 semanas y 57 años de edad, precisando que para esa época ésta ya contaba con 1324 semanas según la historia laboral y contaba con 46 años de edad, es decir, estaba a la edad límite para trasladarse de régimen.

De otro lado, señaló que el régimen de ahorro individual no exige semanas pero si un capital acumulado, acotando que para la época en que iniciaron tenían tasas de interés del 24 o 26%, pero debieron prever las tasas podían variar, esto es para 1994 y que ya para 2007 la tasa había descendido drásticamente, por lo que debieron explicarle que necesitaba 370 salario mínimos, es decir, más de $430.000.000 al día de hoy, aspecto que debió explicarse para que la afiliada entendiera a que se atenía, destacando que bajo esas condiciones alguien en su sano juicio no se trasladaría, de modo que, el engaño del que alude la gestora fue objeto daría lugar a un vicio en el consentimiento, lo cual está a su cargo probar, pero es sabido que el asunto se analiza a la luz de la ineficacia del traslado y la carga de la prueba está a cargo del fondo privado, máxime cuando ya tenía 1324 semanas.

Por ende, al no cumplirse con la carga probatoria que le asistía a SKANDIA, lo que no se prueba con el formulario de afiliación, o con la confesión la cual no es prueba idónea en estos casos, pues solo lo es la prueba documental, declaró la ineficacia del traslado, junto con el consecuente traslado de los respectivos emolumentos a que haya lugar, en la forma que se indica en la sentencia, de otro lado, declaró no probada la excepción de prescripción y la que propuso la llamada en garantía denominada *"MAPFRE denominada frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA s.a. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones."* y condenó en costas a SKANDIA S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque la condena impuesta en su contra, tendiente a devolver los conceptos de gastos de administración, los seguros previsionales y la indexación de dichos rubros, ya

que fueron descontados por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y le dio el uso específico para el cual fue diseñado. Además, cumplió con el deber legal de administrar y garantizar la rentabilidad mínima del fondo de pensiones conforme lo dispuesto del artículo 101 de la Ley 100 de 1993.

A su vez, refirió que, en caso de declararse la ineficacia de la afiliación, se imponga la condena por seguros previsionales a MAPFRE, toda vez que dicho emolumentos se destinaron a su cubrimiento específico, aunado a que se debe aplicar la teoría de las restituciones mutuas y aplicación el artículo 7º del Decreto 3995. Finalmente, sostuvo que la indexación refirió que esos rubros pueden ser compensados con los rendimientos que se causaron a favor de la demandante.

COLPENSIONES en su alzada adujo que no tuvo injerencia alguna en la decisión de la demandante de trasladarse de régimen pensional, el cual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria lo que se prueba con el formulario que suscribió. Asimismo, sostuvo que no es viable retornar al régimen que administra ya que la demandante está inmersa en la prohibición legal de traslado, más aún cuando pudo verificar las características del sistema en la Ley 100 de 1993, lo que además va en contravía del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues se está descapitalizando el sistema de seguridad social.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que

recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 17 de enero de 2007 por medio de SKANDIA S.A., el cual se hizo efectivo el 1º de marzo de 2008. (f. 49 a 76 archivo 03). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte de la actora SANDRA LILIANA PINZON VELASCO, quien expuso que en su caso, le hicieron un análisis y le dijeron que por su edad le convenía estar en el fondo privado y que esa proyección que efectuaron determinó que su pensión sería superior a la que recibiría en el I.S.S., que se podía pensionar de manera anticipada, aunque su mesada fuera un poco inferior y que si fallecía su hijo quedaría con su dinero, así fuera mayor de edad, lo que no sucedería en el I.S.S., razones por las cuales se trasladó.

Refirió que para la fecha del traslado ya contaba con 46 años, y que le dijeron que ese régimen está basado en el ahorro de las cotizaciones y sus rendimientos, que para pensionarse necesitaba un capital superior al 110% del salario mínimo y que el bono pensional le ayudaría a ese fin, pero no le dijeron que tenía que hacer un ahorro superior a $430.000.000, tampoco le explicaron que para acumular ese capital tenía que cotizar sobre cinco salarios mínimos durante 36 años, y que si no tenía ese capital, pero tenía 1150 semanas el Estado le ayudaría a financiar esa pensión, que solo le dijeron que se pensionaba con semanas y que ella ya las tenía, sin explicarle que en ese régimen se pensiona con dinero.

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

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en

cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2007, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso,*

efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".

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

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

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

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

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

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

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

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

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente,*

en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias

así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

> *"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados"* (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar el numeral segundo de la sentencia de primera grado, en el sentido de precisar que las sumas que debe indexar SKANDIA S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de

sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima. En lo demás, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 5 de octubre de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que debe indexar SKANDIA S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES corresponden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 04 2018 00775 01 DE SANDRA LILIANA PINZÓN VELASCO contra COLPENSIONES Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

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

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **04 2019 00616 01**
Demandante:	ALIX GUTIERREZ GARCÍA
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.070.018.966 y T.P. 373906 del C. S. de la Judicatura en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ALIX GUTIERREZ GARCÍA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación por medio de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

a través de PORVENIR S.A. el 24 de octubre de 1996, asimismo, se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media y que el fondo privado debe devolver los aportes que realizó a ese régimen, junto con los rendimientos, intereses y gastos de administración. A su vez, se declare que tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez conforme lo reglado en el Ley 797 de 2003 a partir del 4 de abril de 2017. En subsidio solicita se declare que tiene derecho a que se le reconozca la garantía de pensión mínima, conforme lo normado en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 a partir del 4 de abril de 2017.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que realizó a ese régimen, junto con los rendimientos, intereses y gastos de administración y las diferencias que se llegasen a generar entre los aportes efectuados al RAIS y los que corresponden al RPMPD. Además, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez de acuerdo a lo reglado en la Ley 797 de 2003 a partir del 4 de abril de 2017, junto con el respectivo retroactivo de manera indexada, más las costas y agencias derecho y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

De forma subsidiaria, solicita se condene a PORVENIR S.A. reconocerle y pagarle a la garantía de pensión mínima, conforme lo normado en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 a partir del 4 de abril de 2017, junto con el respectivo retroactivo debidamente indexado, más los intereses estipulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 4 de abril de 1960, alcanzando la edad de 57 años el mismo día y mes de 2017; y que se afilió el 18 de diciembre de 1979 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en donde acreditó 800.71 semanas, trasladándose de régimen el 24 de octubre de 1996 a PORVENIR S.A., sin recibir al momento del traslado información sobre las

características, condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y de los riesgos y consecuencias del traslado, bajo la promesa de obtener un mesada superior y de pensionarse de manera anticipada.

De otro lado, sostuvo que en la actualidad se encuentra afiliada en PORVENIR S.A. y que acredita más de 1685 semanas; igualmente, adujo que el 23 de septiembre de 2009 solicitó su traslado a COLPENSIONES y que el 23 de agosto de 2017 solicitó a PORVENIR S.A. el reconocimiento de la pensión de vejez, motivo por el cual el 12 de junio de 2017 el fondo solicitó la liquidación del bono pensional a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, el cual determinó que el valor neto del bono sería de $12.989.301 siendo su fecha de redención normal el 4 de abril de 2020.

En virtud de lo anterior, el fondo privado negó el reconocimiento de la pensión mediante comunicado No. 0200001149058200 de 24 de enero de 2018 arguyendo que el capital ahorrado y sus rendimientos no eran suficientes para acceder a una pensión con el salario mínimo mensual legal vigente. Igualmente, mediante oficios No. 0207412030961300 de 17 de abril de 2018 y No. 0207412031472600 de 17 de mayo de 2018, negó el reconocimiento de la pensión de vejez, indicando que la redención normal del bono pensional se encontraba prevista para abril de 2020, fecha en que reuniría el capital necesario para financiar la pensión de vejez.

Así las cosas, radicó petición el 17 de enero de 2019 bajo radicado No. 0100222095442400, en la que solicitó a las administradora el reconocimiento de la pensión de vejez con garantía de pensión mínima conforme lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, la cual fue negada a través de comunicado No. 020741203488000 de 24 de enero de 2019, indicando que la afiliada tenía la expectativa de obtener el capital suficiente para la financiación de una pensión de vejez, cuando se redimiera el bono pensional en abril de 2020.

Por último, narró que en julio de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES la nulidad de su traslado de régimen y a la pensión de vejez, pedimento que fue negado por las encartadas. (f. 3 a 18 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que el traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho de libre escogencia.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado, inobservancia del principio constitucional del sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitucional Política), inexistencia de la obligación de afiliación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica. (f. 126 a 140 archivo 01).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda sosteniendo que la actora al momento de suscribir el formulario de afiliación lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada. Igualmente, informó que la gestora se encuentra pensionada por el RAIS a través de la pensión de garantía mínima decisión que notificó el 7 de septiembre de 2020, lo cual implica que ya se efectuó el pago del bono pensional mediante el depósito en la cuenta de ahorro individual, y además le canceló $32.385.679 por concepto de retroactivo desde el 4 de abril de 2017 hasta el mes de septiembre de 2020, lo cual se efectuó con cargo al saldo de la cuenta de la demandante.

Propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario, la cual se declaró probada en audiencia de 27 de julio de 2021 en la

que se dispuso vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (archivo 18)

Además formulo como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 28 archivo 06).

Con el escrito de contestación, PORVENIR S.A. allegó demanda de reconvención en la que pretende que la actora le devuelva todos los dineros que haya recibido por parte de esta por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez. (f. 107 a 111 archivo 06)

Por auto de 26 de marzo de 2021 tuvo por contestada la demanda a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. y admitió la reforma a la demanda que presentó PORVENIR S.A. en contra de la actora. (archivo 07)

La parte demandante se opuso a la pretensión elevada en la demanda de reconvención hasta tanto se resuelva de fondo el litigio principal, esto es, la declaratoria de nulidad o rescisión de la afiliación por traslado de régimen. La cual se tuvo por contestada en auto de 21 de junio de 2021. (archivos 09 y 10)

La litisconsorte necesaria LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se opuso a las pretensiones indicando que solo responde por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las administradoras del Sistema General de Pensiones, por lo que no está facultada para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda.

Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva: la oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión y redención

del bono pensional de la señora ALIX GUTIERREZ GARCIA, imposibilidad jurídica del traslado de régimen por la condición de pensionado del actor, buena fe, prescripción, inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera. (archivo 21)

En audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., llevada a cabo el 13 de febrero de 2023, la parte actora desistió de las pretensiones relacionadas con la ineficacia de traslado de régimen y el reconocimiento pensional, en la medida que PORVENIR S.A. ya le había reconocido la garantía de pensión mínima, por lo que terminó el proceso frente a COLPENSIONES, y fijó el litigio en establecer si procedía el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el retardo en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que le fue concedida a la demandante en el año 2020. (archivo 27)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de marzo de 2023, absolvió a las demandadas COLPENSIONES y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones de la demanda y condenó a PORVENIR S.A. a reconocer y a pagar a la demandante los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 23 de diciembre de 2017 hasta el 30 de agosto de 2020, en cuantía de $14.056.587; declaró no probadas las excepciones propuestas por el fondo privado y lo condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* comenzó por recodar que era criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia, que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales, independiente de la buena o mala fe del deudor, para lo cual trajo a colación, entre otras, las sentencias SL3130 de 2020 y SL5627 de 2019.

A continuación, expuso que no era materia de discusión que la actora se encontraba afiliada a PORVENIR y que solicitó la pensión de vejez en 2017; sin embargo, no contaba con el capital suficiente para acceder a esa prestación conforme lo reglado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, pese a contar con más de 57 años y más de 1150 semanas para acceder a la garantía de pensión mínima de vejez, siendo negada la pensión al ser insuficiente el capital ahorrado, aunado a que el bono pensional solo podía ser redimido en abril de 2020.

De otro lado, sostuvo que finalmente una vez se emitió el bono pensional en abril de 2020, la AFP PORVENIR aprobó la solicitud de pensión de vejez, bajo reconocimiento de garantía de pensión mínima en septiembre de 2020, en cuantía inicial de $877.803, además pagó un retroactivo de $32.385.679 que corresponde a las mesadas desde el 4 de abril de 2017 mes de cumplimiento de la edad y hasta septiembre de 2020.

Seguidamente, mencionó las sentencias de 27 de febrero de 2004 con radicado 2192 y SL 252 de 2021 que analizaron lo tocante a los intereses moratorios y la redención del bono pensional, enfatizando sobre la negativa del fondo privado frente al reconocimiento de la pensión de vejez, señaló que en ese caso lo que procedía era el reconocimiento de la garantía de pensión mínima conforme lo dicho en sentencia SL4305 de 2018, dado que puede darse que la fecha de redención del bono sea posterior a la edad en que se acceda a la garantía, como es el caso de las mujeres que la edad de pensión es a los 57 años y la redención a los 60 años, añadiendo que el artículo 3º del Decreto 142 de 2006, introdujo la garantía temporal de pensión mínima con el fin de que se reconozca el subsidio hasta la fecha de redención del bono el cual se pagará descontando el valor cancelado, precisamente a razón de tal garantía.

Continuó exponiendo que, verificada la procedencia del subsidio por parte de la oficina de bonos pensionales, la administradora debe en caso de que no se cumpla con los requisitos de procedencia de la misma, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual conforme el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, sin

perjuicio de que el afiliado opte por seguir cotizando. En caso contrario, es decir, que la oficina emita resolución de reconocimiento a la garantía, la administradora queda obligada a reconocer la pensión vitalicia de vejez en cuantía del salario mínimo y en la modalidad de retiro programado.

En esa medida, dijo que reconocería los intereses moratorios para lo cual recordó que la actora cumplió la edad de 57 años el 1º de abril de 2017, solicitó la pensión de vejez al fondo el 23 de agosto de 2017, y el 24 de enero de 2018 la AFP rechazó el reconocimiento arguyendo que la demandante carece de capital, e igualmente, el 17 de abril de 2018 se aclaró la fecha de redención del bono pensional, 17 de mayo de 2018 se negó la devolución de saldos, el 17 de enero de 2019 la AFP reconoce la garantía de pensión mínima, el 24 de enero de 2019 niega el reconocimiento de la pensión, el 4 de abril de 2020 se concreta la fecha de redención del bono pensional y el 7 de septiembre de 2020 la AFP aprueba la garantía de pensión mínima.

De lo anterior, concluyó que la demandante cumplió requisitos desde 2017 y desde ese momento el fondo privado debió verificar que acreditó la edad y las 1150 semanas para la garantía de pensión mínima, por ende, estaba en la obligación de adelantar las gestiones de redención del bono pensional y desde ese momento reconocer la pensión como medida provisional, advirtiendo que cuando la reconoció en el año 2020, finalmente pagó un retroactivo calculado desde 2017 y hasta 2020, por ende, la pensión debió reconocerse desde el 23 de agosto de 2017 para lo cual contaba con un término de cuatro meses conforme lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sin que pudiese aducir la falta de pago bono, premisa bajo la cual debió reconocer la garantía temporal de pensión mínima, causándose así los intereses desde el 23 de diciembre de 2017 hasta el reconocimiento de la garantía de pensión mínima en 2020, los que ascienden a $14.056.587 a cargo de PORVENIR S.A..

Sobre la excepción de prescripción, refirió que la activa solicitó la pensión el 23 de agosto de 2017, petición que reiteró el 17 de enero de 2019, reconoció la pensión el 7 de septiembre de 2020 y presentó la demanda el 21 de agosto de

2019, por lo que el término trienal no operó. En consecuencia, condenó a la demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 23 de diciembre de 2017 hasta el 30 de agosto de 2020. Finalmente, absolvió a COLPENSIONES y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque en su integridad la sentencia de instancia, haciendo mención al artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 4º de la Ley 700 de 2001 que indica que el fondo público cuenta con seis meses para reconocer la pensión de vejez a los afiliados que acrediten el cumplimiento de los requisitos.

Asimismo, señaló que si bien se encuentra acreditado que la actora solicitó la pensión de vejez el 23 de agosto de 2017, ese fondo emitió comunicación DTN6262276, en la que le indicó que debía contar con la edad de 60 años para redimir el bono pensional, lo cual ocurriría el 4 de abril de 2020; de igual forma, le explicó que solo en caso de fallecimiento o de invalidez se redimiría de forma anticipada el bono, situación que no acaeció en el presente caso, agregando que solo una vez se finiquite el proceso de redención del bono pensional de trasladaría a su cuenta el valor del mismo, por lo que hasta que esto sucediera contaría con el capital necesario para acceder a la pensión de vejez, por lo que estaba imposibilitada para reconocer esa prestación.

Reiteró que la actora solo se podía pensionar a los 57 años cuando contara con el capital necesario, lo que solo ocurrió cuando se dio la redención del bono el 4 de abril de 2020, pues antes no tenía los requisitos necesarios para acceder a la pensión, y agregó que el 26 de junio de 2020 solicito la garantía de pensión mínima, la cual reconoció debidamente. Añadió que en sentencia con radicado 43602 de noviembre de 2013, se indicó por parte del órgano de cierre de esta especialidad que si bien proceden los intereses de mora independiente de la buena fe, en tal sentencia se indicó que el no pago se puede dar por razones de aplicación minuciosa de la ley, lo que aquí ocurrió al no contar con el capital

necesario para acceder a la pensión de vejez, además con el retroactivo que reconoció compensó cualquier tipo de pérdida por la mora en el reconocimiento, por tanto, solicita se declare tal excepción en caso de concluirse que la prestación procedía desde 2017.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si es procedente el reconocimiento y pago por parte de PORVENIR S.A. de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. De los intereses moratorios estatuidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Vale la pena memorar en primer lugar que, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 señala sobre los intereses de mora que depreca la parte actora, lo siguiente:

> *"A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago."*

Ahora bien, en tratándose del pago de los referidos intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia

en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, sobre el particular expuso:

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

Posición que se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo regulan diferentes decisiones, entre ellas, la SL1461-2022, Radicación No. 82259 del 4 de mayo de 2022, SL1427-2022, Radicación No. 91371 del 4 de mayo de 2022, SL1416-2022, SL1416-2022, Radicación No. 83606 del 4 de mayo de 2022, entre otras.

Ahora bien, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon el reconocimiento pensional de la actora y el estudio que se llevó a cabo frente a la procedencia de la garantía de pensión mínima, conviene traer a colación lo

dispuesto en el artículo 2.2.5.4.5. del Decreto 1833 de 2016, que establece sobre el reconocimiento de la garantía de pensión mínima en los eventos de redención posterior del bono pensional, lo siguiente:

> *"En los casos de las mujeres a las que no se les puede redimir el bono pensional hasta los 60 años, pero cumplen con los requisitos para tener derecho a la garantía de pensión mínima, para determinar el capital mínimo para financiar una pensión de vejez, debe tenerse en cuenta el valor del bono pensional a la fecha de redención del mismo.*
>
> *"Si después de efectuado el cálculo se determina que el capital es insuficiente para obtener una pensión mínima antes de la fecha de redención del bono pensional, a pesar de ser suficiente para obtener la pensión mínima a partir de esta misma fecha, la AFP procederá a solicitar el reconocimiento de la garantía de pensión mínima de manera temporal por el período correspondiente hasta la fecha de redención del bono pensional. La AFP comenzará a pagar la mesada con los fondos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual e informará a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el saldo de la cuenta individual para los efectos y dentro del término previsto en el artículo 2.2.5.5.1 del presente decreto. Una vez se cumpla la fecha para la redención del bono pensional, se pagará el mismo descontando el valor cancelado por razón de la garantía temporal."* (Subrayado por la Sala)

Adicionalmente, y dado que en el presente asunto se advierte que el fondo de pensiones accionado después de negar la pensión de vejez a la gestora ante la falta de capital para su reconocimiento y la posterior redención del bono pensional, reconoció a la demandante la garantía de pensión mínima; imperioso resulta recordar lo sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2676-2021con radicado No. 79118 de 19 de mayo de 2021, en la que indicó que corresponde a las entidades administradoras de pensiones reconocer la prestación y adelantar los trámites necesarios para hacer efectiva la garantía de la pensión mínima, así:

> *"En esa perspectiva, es oportuno precisar que de conformidad con el artículo 9.º del Decreto 832 de 1996, recopilado en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, cuando la administradora de pensiones advierta que un afiliado reúne los requisitos previstos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la garantía de pensión mínima de vejez, debe hacer los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual. En la sentencia CSJ SL4531-2020, la Sala expuso:*

"Una vez esta cumple con los requisitos para acceder a la garantía, la entidad pensional debe comenzar el pago con cargo a los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, y al agotarse, La Nación concurre con los que faltan para subvencionarla según lo establecido en el artículo 9º del Decreto 832 de 1996 […]

"Ahora, como quiera que en este caso, se reitera, son hechos sin discusión que la accionante cumplió 57 años de edad el 8 de septiembre de 2014, que a febrero del mismo año tenía 1.161,285 semanas de aportes al RAIS, que no tiene en su cuenta de ahorro individual el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez y que, pese a reunir las exigencias previstas en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, Porvenir S.A. no advirtió que era acreedora de la garantía a cargo de La Nación y omitió su obligación de tramitar ante dicha entidad la previa resolución para garantizarla, no erró el Tribunal al modificar parcialmente la decisión de primera instancia, en cuanto dispuso que dicha prerrogativa «deberá ser reconocida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previo cargue por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir al sistema de la Oficina de Bonos Pensionales de los soportes necesarios»; ello, porque la omisión de la administradora no puede ir en detrimento del derecho fundamental e irrenunciable a la pensión de la afiliada, consagrado a fin de garantizar su mínimo vital y el de la familia que eventualmente de ella dependa.

"Por tanto, cuando la administradora de pensiones privada compruebe que el asegurado cumple con los requisitos de edad y semanas de cotización para acceder a la garantía de pensión mínima previstos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, se entiende que la pensión de vejez se causó y deberá reconocerla y pagarla inicialmente con los recursos de la cuenta de ahorro individual y, cuando ellos se agoten, con los dineros estatales, para lo cual debe adelantar las gestiones pertinentes ante La Nación para diligenciar la garantía económica de solidaridad.

"Y dicho trámite no puede ser un obstáculo para que se otorgue la prestación, pues se trata de derechos de la seguridad social fundamentales e irrenunciables y cuya gestión está orientada por el principio de eficiencia, esto es, que el beneficio se debe otorgar en forma oportuna (artículo 2.º literal a) de la Ley 100 de 1993)" (Subrayado por la Sala).

d. Del caso en concreto:

Al descender al *sub examine*, se advierte que en esta instancia no fue objeto de controversia que la demandante nació el 4 de abril de 1960, acreditando así la edad de 57 años de edad ese mismo día y mes del año 2017 (f. 19 archivo 01); tampoco se discute que estuvo afiliada al ISS y se trasladó a PORVENIR S.A. el

24 de octubre de 1996, y que al mes de enero de 2014 contaba con 1.667 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, según reporte de semanas cotizadas que allegó la demandada PORVENIR (f. 30 a 43 y 61 a 62 archivo 06); es decir, que al cumplimiento de la edad de 57 años contaba con más de 1150 semanas de aportes.

Asimismo, no se objeta que la activa solicitó la pensión de vejez el 23 de agosto de 2017, prestación que fue negada por el fondo privado el 24 de enero de 2018, aduciendo que el saldo existente en su cuenta individual de ahorro, junto con los rendimientos financieros no le permitía acceder a una pensión de vejez de por lo menos el salario mínimo mensual legal vigente, sin embargo, con los cálculos que realizó advirtió que una vez se pagara el bono pensional cuya fecha de redención estaba prevista para abril de 2020, tenía la expectativa de reunir el capital necesario para financiar su pensión de vejez, siendo improcedente la devolución de saldos, y enfatizando que una vez obtuviera el pago del bono pensional de la actora realizarían un nuevo estudio pensional. Igualmente, en comunicaciones adiadas el 17 de abril y 17 de mayo de 2018 aclaró la fecha de redención del bono y reiteró la negativa a la devolución de saldos. (f. 65 y 70 a 75 archivo 01 y f. 64 archivo 06)

Otro aspecto, que tampoco se discute es que la promotora el 17 de enero de 2019 solicitó a la administradora de pensiones el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, advirtiendo que para el estudio de su pensión no se tuvo en cuenta tal posibilidad; pedimento que fue negado en oficio adiado el 24 de enero de 2019 hasta tanto no se redimiera el bono pensional, petición que reiteró el 26 de junio de 2020; en esa medida, el 7 de septiembre de 2020 el fondo de pensiones PORVENIR S.A. finalmente le reconoció la garantía de pensión mínima en suma inicial de $877.803 y un retroactivo por suma de $32.385.679 que corresponde a las mesadas reconocidas desde el 4 de abril de 2017 hasta el mes de septiembre de 2020. (f. 76 a 78, 80 a 81 archivo 01 y f. 72 a 75 y 87 a 89 archivo 06)

Bajo ese escenario, es palmario para este Juez Colegiado que la demandada PORVENIR S.A. desde la respuesta que emitió el 24 de enero de 2018 negando el reconocimiento pensional que elevó la activa el 23 de agosto de 2017, ya podía vislumbrar que cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la garantía de pensión mínima; es decir, que tenía 57 años de edad, contaba con más de 1150 semanas cotizadas y no alcanzaba el capital necesario para acceder a la pensión de vejez.

Situación que no advirtió a la afiliada, vulnerado así su derecho a la seguridad social arguyendo que hasta tanto no redimiera su bono pensional el 4 de abril de 2020 no analizaría la posibilidad de acceder a la pensión de vejez, omitiendo su obligación legal de tramitar la garantía de pensión mínima ante La Nación, previa resolución que asegurara el pago de la prestación como lo ha sostenido la ley y la jurisprudencia traídas a colación anteriormente. Y es que para la Sala en nada trunca el hecho de que la actora haya solicitado tal garantía posteriormente, pues en este especial caso, considera que desde la reclamación inicial que elevó en agosto de 2017, el fondo omitió mencionarle que tenía derecho a tal prerrogativa, la cual también le fue negada cuando la solicitó en 2019, amparada en la falta de redención del bono como viene de verse.

En virtud de lo expuesto, estima esta Colegiatura que el Juez de instancia no erró al imponer el pago de los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 23 de diciembre de 2017, es decir, cuatro meses después de que solicitó la pensión hasta el 30 de agosto de 2020 en suma de $14.056.587 a la demandada PORVENIR S.A., ya que en el caso de marras no se advierte una aplicación minuciosa de la ley como lo sostuvo la apelante.

Al contrario, lo que se avizora es que dejaron de aplicar las normas que regulan el caso, tan es así, que como lo dijo el *a-quo* posteriormente reconoció un retroactivo desde la fecha en que la actora acredito los presupuestos de ley para acceder a la pluricitada garantía, lo que como se expuso, ocurrió el 4 de abril de 2017, sin que tal retroactivo sea objeto de la compensación como lo reclama la impugnante, pues recuérdese que los intereses moratorios aquí analizados

resarcen la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, y la actora nada debe a la pasiva, aunado a que no es dable analizar el monto en el que fueron reconocidos pues nada se objetó sobre ese puntual aspecto.

En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia de instancia por las razones antes expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por cuanto el recurso de alzada no gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **04 2020 00237 01**
Demandante:	HERMINDA RIVERA PINEDA
Demandado:	COLPENSIONES
Tercera *Ad excludendum*:	ROSALBA GUERRA LAVERDE
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LUISA FERNANDA MARTÍNEZ LÓPEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.053.795.580 y T.P. 231.411 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante HERMINDA RIVERA PINEDA, así como por la tercera *ad excludendum* ROSALBA GUERRA LAVERDE en contra de la sentencia proferida el 18 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora HERMINDA RIVERA PINEDA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de que se le declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de su compañero permanente JULIO CÉSAR MORALES MORALES. Por lo anterior, solicita se condene al pago

de las mesadas causadas desde el 7 de septiembre de 2019, la indexación y los intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que el causante JULIO CESAR MORALES MORALES (q.e.p.d.), nació el 2 de mayo de 1963 y falleció en la ciudad de Bogotá el 7 de septiembre de 2.019; que convivió en unión marital de hecho desde marzo de 1996 hasta la fecha del deceso, procreando a sus hijos PAOLA ANDREA MORALES RIVERA y STIVEN FERLEY MORALES RIVERA; además el causante tiene una hija de nombre LEIDY VIVIANA MORALES NUÑEZ.

Que mediante Resolución No. 1646 de 2.010, el ISS le reconoció pensión de invalidez a partir del 19 de noviembre de 2008, y el 9 de septiembre de 2010, la actora compareció ante la Notaria Cincuenta y Seis del Círculo Notarial de Bogotá, a fin de manifestar la convivencia y dependencia económica, de igual manera, el causante radicó el 9 de septiembre de 2010 ante el ISS una solicitud de incremento pensional por compañera permanente a cargo, aduciendo a la convivencia con la accionante.

Que, en septiembre de 2017, el causante a consecuencia de su enfermedad, decidió rentar una habitación en la casa de la señora SANDRA ZAPATA, hija de la señora ROSALBA GUERRA LAVERDE, respecto de quien el señor JULIO CESAR MORALES MORALES, manifestó el 30 de julio de 2019 ante la Notaria Sesenta y Ocho del Círculo de Bogotá, que no convivió en unión marital de hecho, y que tanto dicha señora como su nieta ANGIE NATALIA GUERRA, figuran como beneficiarias en salud en la EPS COMPENSAR, por lo que es su deseo desvincularlas.

Refiere además que, en la misma oportunidad compareció el causante con la señora HERMINDA RIVERA PINEDA, declarando en la referida Notaría, que conviven de manera permanente e ininterrumpida desde hace 23 años, así como que pensión sea sustituida totalmente por la accionante. Finalmente, que elevó solicitud de reconocimiento pensional, a lo cual no se accedió por COLPENSIONES mediante Resolución No. SUB 319408 de 22 de noviembre de

2019, aduciendo que también reclamó la prestación económica la señora ROSALBA GUERRA LAVERDE.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la accionante no acreditó la calidad de compañera permanente, ello de acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, ello en tanto la misma solicitante indica que la convivencia se dio de manera permanente hasta el año 2015; además, los familiares del causante, hija y hermanas, manifestaron que en el momento que el causante fallece ya no convivían hace varios años.

Formuló como excepción previa el no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, y las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica

En auto del 11 de marzo de 2021 se integra a la señora ROSALBA GUERRA LAVERDE como interviniente excluyente, quien interpuso demanda de reconvención.

1.4 DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

La señora ROSALBA GUERRA LAVERDE formuló demanda de reconvención, a fin que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante JULIO CÉSAR MORALES MORALES (q.e.p.d.), con el respectivo pago del retroactivo pensional e intereses moratorios.

Para tal efecto, adujo que convivió con el causante a partir del 20 de enero de 2011 y hasta la fecha del deceso, de manera continua e ininterrumpida, tal como lo acredita la declaración rendida ante la Notaría Cincuenta y Seis del Círculo de Bogotá. Refiere que el causante la afilió como beneficiaria en el sistema general de seguridad social; que el causante mediante escrito radicado 2019/3250886 del 12 de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES que en caso de fallecimiento

tuviere como única beneficiaria a la señora ROLSABA GUERRA LAVERDE; que el causante padecía de una enfermedad terminal, estando a su cuidado y al de su hija de crianza SANDRA NIRETH ZAPATA GUERRA.

Finalmente, que la señora HERMINDA RIVERA PINEDA, convive hace varios años con el señor LUIS ESPITIA DÍAZ, y que una vez se enteró que el causante devengaba una pensión, lo demando por alimentos, lo cual desvirtúa la convivencia alegada.

1.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

COLPENSIONES contestó la demanda de reconvención, señalando que la señora ROSALBA GUERRA LAVERDE no acreditó el requisito de convivencia alegado ante esa entidad entre el 20 de enero de 2013 y julio de 2019, máxime que se confirmó por medio del testimonio de varios familiares del causante, que nunca existió una convivencia bajo el mismo techo, lecho y mesa; además, que la solicitante era la madre de la arrendataria de la vivienda donde habitó el causante; además, el causante vivía con una señora de nombre SANDRA ZAPATA GUERRA, hija de la demandante y arrendataria del causante.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de abril de 2023 absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* adujo que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, concretado en la Ley 100 de 1993, así como con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a efectos de acreditar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, se requiere ostentar una convivencia con el causante durante al menos los últimos cinco (5) años anteriores al deceso.

Así las cosas, de la revisión del acervo probatorio estimó que existen declaraciones extrajuicio que de manera contradictoria afirman la existencia de la convivencia con la señora ROSALVA GUERRA LAVERDE, por lo cual no logran formar en manera alguna el convencimiento del *a-quo*; de otra parte, el testimonio de la señora PAULA ANDREA MORALES RIVERA, quien da cuenta de manera clara que su madre, señora HERMINA RIVERA, dejó de convivir con el causante siete (7) años antes del deceso; así mismo, que la referida señora mantiene una relación con el señor LUIS ESPITIA, y que no le consta que su padre haya convivido con la señora ROSALVA GUERRA LAVERDE.

De otra parte, la testigo MARÍA CLARA PEÑA, si bien afirmó que le consta la convivencia, lo cierto es que no le consta la existencia de la convivencia, en tanto ni siquiera visitó la casa de habitación, no conoce su ubicación, y solo resulta creíble en cuanto a que los miraba frecuentar un casino, lo cual dista del proyecto de vida en común que ampara la prestación económica. De tal manera, que al no haberse acreditado la convivencia absolvió a la entidad accionada de todas las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la demandante HERMINDA RIVERA PINEDA la apeló. Al respecto, señaló que si bien no convivió con el causante durante los últimos cinco (5) años, se debe tener en cuenta el precedente jurisprudencial de la sentencia en SL 4405-2018 de octubre 11 de 2018, en la cual se refiere que la convivencia puede ser acreditada en cualquier tiempo, lo cual además también ha sido decantado por la Corte Constitucional, en la sentencia T-340 de 2018.

Así las cosas, dichas sentencias, de carácter vinculantes, deben ser aplicadas al presente proceso, más aún cuando si existió un acompañamiento hasta el deceso, al incluso asumir las exequias.

Por su parte, la señora ROSALBA GUERRA LAVERDE, sustenta la apelación señalando que COLPENSIONES en la investigación que adelantó, reconoció que la convivencia si existió y perduró durante 7 años; así mismo que se omitió

practicar los testimonios de JOSÉ GUSTAVO MARTÍNEZ ACERO y SANDRA NIRETH ZAPATA GUERRA, quienes darían cuenta de la existencia de la convivencia. Finalmente, que la convivencia también se extrae de la afiliación a seguridad social y por la declaración extrajuicio aportada al plenario.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a las señoras HERMINDA RIVERA PINEDA y ROSALBA GUERRA LAVERDE, con ocasión al fallecimiento del causante JULIO CÉSAR MORALES MORALES (q.e.p.d.).

c. De la calidad del pensionado

Previo a abordar el fundamento del *sub-examine*, debe puntualizar la Sala en primer lugar que al causante señor JULIO CÉSAR MORALES MORALES (q.e.p.d.), le fue reconocida la pensión de invalidez mediante Resolución No. 1646 de 2010, efectiva a partir del 19 de noviembre de 2008, en cuantía que para el retiro de nómina ascendía a $828.116.

Tampoco el hecho que la demandada a través de la Resolución No. SUB 319048 del 22 de noviembre de 2019, negó el derecho pensional perseguido por las señoras HERMINDA RIVERA PINEDA y ROSALBA GUERRA LAVERDE, bajo el argumento de no haberse acreditado la veracidad del contenido de la solicitud (fls. 14 a 19 archivo digital 01DemandayAnexos.pdf).

d. De la pensión de sobrevivientes

Así las cosas, se advierte que conforme a lo ha adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19

de mayo de 2021, la norma que regula la materia de pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, por lo tanto, en virtud a que el fallecimiento del causante señor JULIO CÉSAR MORALES MORALES (q.e.p.d.) se dio el 7 de septiembre de 2019, tal como da cuenta la copia del Registro Civil de Defunción (fl. 12 archivo digital 01DemandayAnexos.pdf), la normatividad aplicable para el presente caso será la referente a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, resulta imperioso traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca".*

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

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

Dicha normativa dispone que son beneficiarios de la pensión de forma vitalicia, la cónyuge o compañera permanente del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

"Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida".

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la cónyuge, el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además, no se hace necesario acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

"Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:

"Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante. "[…]

"Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

> *"Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019)."*

Contrario a ello, en el caso de la compañera permanente, esta debe acreditar los cinco (5) años de convivencia inmediatamente anteriores a la fecha del deceso del pensionado, tal como lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

> *"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.*
>
> *"Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."*

e. Del caso en concreto

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto *sub examine*, debe precisar la Sala que se estudiara inicialmente el recurso de alzada que presentara la señora HERMINDA RIVERA PINEDA, para lo cual debe tenerse en cuenta que el *a-quo* estimó que se acreditó que no existió una convivencia durante los últimos cinco (5) años anteriores a la muerte, ello en tanto la testigo PAOLA ANDREA MORALES RIVERA, hija de la accionante y el causante, corroboró que operó una separación siete (7) años antes del deceso.

Ahora, el recurrente no denota inconformidad con la anterior conclusión, al referir que, si bien dicha situación acaeció, lo cierto es que el derecho pensional debe reconocerse de conformidad con los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 4405-2018, así como por la Corte Constitucional, en la sentencia T-340 de 2018.

Sobre el particular debe reiterar la Sala, que tal como se expuso en precedencia, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que en tratándose de compañera permanente, la convivencia debe perdurar durante los últimos cinco (5) años anteriores a la muerte. Ahora bien, de la revisión de la sentencia citada por el recurrente, esto es, CSJ SL4405-2018, Radicación No. 59323 del 10 de octubre de 2018, refiere que:

> *"En razón a la senda del ataque, no se discuten en sede extraordinaria las definiciones fácticas del fallo censurado, que se resumen en que i) el 30 de marzo de 1968, Jesús Monsalve Monsalve* ***contrajo matrimonio*** *con María Fabiola Muñoz Correa; ii) mediante resolución 014999 del 28 de junio de 2006, el ISS le reconoció la pensión de jubilación al mencionado señor; iii) este falleció el 12 de mayo de 2008 y; iv) María Fabiola Muñoz de Monsalve y Elena Monsalve Cano solicitaron la prestación por sobrevivencia, con resultados negativos hasta tanto se pronunciara la jurisdicción del trabajo.*
>
> *"[…]*
>
> *"No obstante, la jurisprudencia ha precisado que el término de 5 años de convivencia entre el pensionado o afiliado* ***con su cónyuge****, puede ser acreditado en cualquier tiempo,* ***siempre que el vínculo marital se halle vigente,*** *pues de esa manera «se da alcance a la finalidad de proteger a quien, desde el matrimonio, aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social» (CSJ SL3505-2018).*

Así las cosas, resulta evidente que la providencia desata una controversia con un supuesto fáctico disímil, en tanto hace referencia a una *cónyuge supérstite* con *vínculo matrimonial vigente,* eventos en los cuales, la jurisprudencia ha establecido que la convivencia igual o superior a cinco (5) años puede acreditarse en cualquier momento; pese a ello, en el *sub-examine* la señora HERMINDA RIVERA PINEDA aduce ostentar la calidad de *compañera permanente,* en cuyo evento es indispensable que la convivencia se acredite hasta la fecha del deceso.

De otra parte, la sentencia T-340 de 2008, se concluye:

"7.2.1. En cuanto a la señora Myriam Armira Torres Hernández, el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 exige en su condición de ***cónyuge supérstite****, una convivencia con el pensionado fallecido durante cinco años continuos con anterioridad a su muerte, requisito frente al cual la jurisprudencia ha señalado que cabe acceder al derecho reclamado, en aquellos casos en los que a pesar de no compartir el mismo techo con el causante (por una justa causa), se acredite que hasta el último momento permaneció el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual.*

"En el caso objeto de análisis, la Sala observa que de las pruebas aportadas a este proceso es claro que la señora Torres Hernández y el señor Lozano Escobar no compartían el mismo techo, en los cinco años anteriores a la muerte de este último (31 de marzo de 2017). En efecto, en las declaraciones extrajuicio aportadas por la agente oficiosa se indica que el causante vivía con su madre desde hace aproximadamente 17 años; lo cual coincide con aquellas aportadas por la señora Torres Hernández, en donde se señala que los ***cónyuges*** *acordaron vivir en hogares separados a partir del 2009, con el fin de que el señor Lozano acompañara a su madre.*

"[…]

"Si bien dicha circunstancia no excluye, per se, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional, como ya se advirtió, lo cierto es que tampoco existen elementos de juicio que den certeza sobre el cumplimiento del requisito de convivencia entre la señora Torres Hernández y el señor Lozano Escobar, a partir de las exigencias de afecto, auxilio mutuo, apoyo económico y soporte espiritual, en los términos planteados por la jurisprudencia.

Supuesto fáctico que también dista del dirimido en el presente asunto, sin que además tal providencia haya referido que en tratándose de compañera permanente, la convivencia se pueda acreditar en cualquier tiempo.

Así las cosas, se advierte que la señora HERMINDA RIVERA PINEDA no acreditó el requisito de haber convivido con el causante durante los últimos cinco (5) años anteriores al deceso, pues incluso su hija PAOLA ANDREA MORALES RIVERA, señaló que siete (7) años del deceso se separaron, y que posteriormente estuvieron en contacto desde que enfermó, tiempo en el cual vivió solo en calidad de arrendatario de la señora SANDRA NIRETH ZAPATA GUERRA, y *no tuvo cónyuge ni compañera*.

Una vez determinado lo anterior, respecto de la tercera *ad excludendum* ROSALBA GUERRA LAVERDE, refiere que la convivencia perduró por espacio de siete (7) años, tal como se advierte de la investigación que adelantó COLPENIONES, la afiliación a seguridad social y la declaración extrajuicio aportada al plenario.

Sobre el particular, se debe reiterar que la interviniente también alega ostentar la calidad de *compañera permanente,* y en ese sentido, debe acreditar una convivencia durante los últimos cinco (5) años anteriores al deceso.

Ahora, *a contrario sensu* de lo aducido en la alzada, COLPENSIONES en la investigación que adelantara, y en la cual sustenta en el acto de administrativo que negó el reconocimiento pensional, concluyó:

> *"-Ya que se confirmó por medio del testimonio de varios familiares del causante que entre los implicados nunca existió una convivencia bajo el mismo techo, lecho y mesa; además aducen que la solicitante era la mamá de la arrendataria de la vivienda donde convivió el causante.*
>
> *"-Se conoció por medio del testimonio de vecinos que el causante vivía con una señora de nombre Sandra Zapata Guerra, hija de la solicitante y al parecer la arrendataria del causante.*
>
> *"-La solicitante solo presento una foto de convivencia y algunos familiares del causante indican no conocer a la solicitante.*
>
> *-Además no coinciden las fechas que aporto la solicitante en la declaración extra juicio (11 años de convivencia) con las que indicó que en la entrevista (6 años de convivencia)".*

De otra parte, la declaración extrajuicio rendida por los señores JOSÉ GUSTAVO MARTÍNEZ y ROBERTO AGUILAR BELTRÁN (fl. 26 archivo digital 18DemandaDeIntervencion.pdf), si bien refiere que la señora ROSALBA GUERRA LAVERDE y el causante, convivieron desde el 20 de enero de 2011, lo cierto es que la prueba testimonial desvirtuó tales manifestaciones, en tanto la señora PAOLA ANDREA MORALES RIVERA, dio cuenta que el causante vivía solo, y que era arrendatario de la señora SANDRA ZAPATA GUERRA, hija de la señora ROSALBA GUERRA LAVERDE, hecho que incluso coincide con las conclusiones de la investigación adelantada por COLPENSIONES.

En igual sentido, si bien se aporta declaración extrajuicio del propio causante, en la cual refiere convivir con la señora ROSALBA GUERRA LAVERDE (fl. 25 archivo digital 18DemandaDeIntervencion.pdf), también se aportó declaración del causante en la que hace la misma afirmación respecto de HERMINDA RIVERA, y en la cual incluso señala que *"nunca conviví en unión marital de hecho, ni me he casado con la señora de nombre ROSALBA GUERRA LAVERDE […] no entiendo por qué la señor ROSALBA GUERRA LAVERDE al igual que su nieta de nombre ANGIE NATALIA GUERRA aparecen como mis beneficiarias, por tal motivo es mi deseo sean desvinculadas de dicha entidad y de mi núcleo familiar"* (fl. 25 archivo digital 01DemandayAnexos.pdf). Contradicciones que restan total credibilidad a las manifestaciones expuestas en las declaraciones extrajuicio.

De otra parte, la afiliación al sistema de seguridad social no acredita la convivencia, tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2624-2023, Radicación No. 91914 del 31 de octubre de 2023:

> *"Es criterio reiterado de la Corte que la sola inscripción del cónyuge o del compañero o compañera permanente como beneficiarios de la seguridad social en salud o pensiones, o en otros beneficios económicos, no es prueba por sí misma de la convivencia ni de su lapso, en cuanto que la situación debe ser analizada en cada caso en particular y de conformidad con los demás elementos demostrativos obrantes en el proceso (CSJ SL518 -2020 y CSJ SL1123-2020), no puede pasarse por alto que tal documental en momento alguno muestra que la accionante estuvo al lado del causante en sus últimos días de vida ni dentro de los últimos cinco años que antecedente al óbito, que es lo que en verdad debía demostrar la censura, por tratarse de una compañera de un pensionado, pues solo pone en evidencia la vinculación de la actora en el sistema de seguridad social en salud, tal y como lo dedujo el sentenciador de su contenido".*

Finalmente, si bien se decretó la prueba testimonial de JOSÉ GUSTAVO MARTÍNEZ ACERO y SANDRA NIRETH ZAPATA GUERRA, lo cierto es que el *a-quo* prescindió de su práctica, auto contra el cual no se interpuso recurso alguno, declarándose cerrado el debate probatorio; por ende, no es dable estimar que su testimonio hubiese acreditado la convivencia, y por ese motivo revocar la sentencia, como lo pretende el recurrente.

Así las cosas, le asistió razón al *a-quo* al absolver a la accionada de las pretensiones, motivo por el cual se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las señoras HERMINDA RIVERA PINEDA y ROSALBA GUERRA LAVERDE.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las señoras HERMINDA RIVERA PINEDA y ROSALBA GUERRA LAVERDE. Se fijan como agencias en derecho en la suma de $300.000, para cada una de las accionantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **04 2022 00557 01**
Demandante:	GERMAN GOMEZ MEJIA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLFONDOS S.A. a la abogada HJANNELORE MARÍA GARCÉS COTERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.140.881.706 y T.P. 312.837 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A., COLFONDOS y SKANDIA S.A. en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GERMAN GOMEZ MEJIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad en octubre de 1994 a través de PORVENIR S.A., por falta al deber de información, junto con las posteriores afiliaciones a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA S.A.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado. Se ordene a COLPENSIONES lo reciba en el régimen que administra y active su afiliación, condene a los demandados al pago de las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado de maneta *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde enero de 1983 hasta diciembre de 1987 en donde alcanzó 46,43 semanas cotizadas y que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en octubre de 1994 a través de PORVENIR S.A., posteriormente se afilió en febrero de 2002 a COLFONDOS S.A., luego, se trasladó en enero de 2006 a PROTECCIÓN S.A., más adelante en enero de 2008 se afilió a COLFONDOS S.A. y en febrero de 2012 retornó a PROTECCIÓN S.A.

De otro lado, refirió que los asesores de PORVENIR S.A., le indicaron que el ISS sería liquidado, por ende, existía la posibilidad de perder sus cotizaciones o que no alcanzara a pensionarse, sin que le brindaran asesoría sobre las implicaciones que le acarrearía el traslado de régimen pensional, ya que solo le dijeron que se podía pensionar con una mesada mucho más alta que la que obtendría en el ISS, sin elaborar una proyección de la misma, no le informaron sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco se le informó sobre la posibilidad de retracto y la prohibición legal de traslado de régimen

antes de cumplir 52 años, agregando que en la actualidad acredita 1.218,43 semanas.

Igualmente, sostuvo que solicitó a las demandadas la nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la cual fue negada por las encartadas, excepto por COLFONDOS y COLPENSIONES las cuales no han brindado respuesta a su pedimento, por último, expuso que su mesada en el régimen de prima media sería de $4.555.856 aplicándole una tasa de reemplazo del 69,41%. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que no existe causal legal para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la afiliación a ese fondo está exenta de vicio en el consentimiento o causal de ineficacia, por cuanto cumplió a cabalidad con su deber de asesoría, lo que se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Como excepciones propuso las de 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. (archivo 06)

SKANDIA S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que el 8 de septiembre de 2006 el actor suscribió formulario de solicitud de vinculación a ese fondo como traslado de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN, la cual se hizo efectiva el 1º de noviembre de 2006 y estuvo vigente hasta el 30 de abril 2009. A su vez, expuso que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, al seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad, aceptó todas y cada una de las condiciones del mismo, de acuerdo a lo normado en la Ley 100 de 1993, más si se tiene en cuenta que provenía de otro fondo privado.

En su defensa propuso como excepciones las que denominó como cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (f. 3 a 20 archivo 07).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad 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 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. (f. 2 a 33 archivo 09).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las pretensiones del actor, ya que se encuentra válidamente vinculado al RAIS.

Como excepción formuló las que prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (f. 3 a 25 archivo 12)
COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas por el demandante, aduciendo que no existió coacción, ya que el traslado de régimen del gestor se realizó de manera libre y voluntaria.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe de COLPENSIONES, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 20 archivo 14).

En cuanto al llamamiento en garantía que elevó SKANDIA S.A., respecto a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. (f. 60 a 67 archivo 07). El cual fue aceptado mediante auto de 27 de julio de 2022. (archivo 18).

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, refiriendo que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se ciñó a las regulaciones normativas sobre el derecho de información vigentes a la fecha del traslado y no propuso excepciones. (f. 2 a 5 archivo 20).

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, bajo el argumento de que el objeto del seguro previsional regulado en los artículos 20, 60, 70, 77, 108 y 109 de la Ley 100 de 1993, consisten en que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente. Adicionalmente, sostuvo que el objeto de las

pretensiones de la demanda no guarda identidad con el objeto del seguro; por lo que es imposible que tenga que responder por las consecuencias de la sentencia.

Como excepciones de mérito del llamamiento propuso las que nombró como el llamamiento en garantía a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA, MAPFRE, no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante SKANDIA S.A. y por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones. (f. 6 a 18 archivo 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de octubre de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de GERMAN GÓMEZ MEJÍA a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 19 de octubre de 1994, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, los conceptos deberán devolverse como se indicó en la parte motiva en un término de dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., AFP SKANDIA S.A., y PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante*

permaneció afiliado a esa administradora. La anterior en el término indicado en el numeral anterior.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esta orden deberá cumplirse dentro del término de los 15 días siguientes al termino señalado en los numerales dos y tres.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR, AFP SKANDIA S.A., y PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito propuesta por Mapfre denominada: Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A., y PROTECCIÓN S.A en favor del actor. Fíjense como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV a cargo de cada una de las demandadas.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la demandada SKANDIA S.A., en favor de Mapfre. Fíjense como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV a cargo de cada una de las demandadas."

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

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

Por ende, al no cumplirse con la carga probatoria que le asistía a la encartada PORVENIR, al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., lo que no se prueba con el formulario de afiliación. Declarando la ineficacia del traslado, junto con el consecuente traslado de los respectivos emolumentos a que haya lugar, en la forma que se indica en la sentencia, de otro lado, declaró no probada la excepción de prescripción y la que propuso la llamada en garantía denominada *"MAPFRE no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados"* y condenó en costas a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante y a SKANDIA S.A. a favor de la llamada en garantía.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, adujo que existen beneficios propios de ese régimen que no están consagrados en el de prima media, por lo que al declarar la nulidad o ineficacia el traslado no se deberían devolver los conceptos por gastos de administración, prima de seguro previsional y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima entre otros, ya que fueron trasladados a la AFP COLFONDOS en el momento en que se trasladó el actor.

Sobre los gastos de administración dijo que tienen origen legal, conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, aunado a que no es viable la indexación ya que estos dineros no han perdido su poder adquisitivo y por el contrario han generado rendimientos aumentado el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, por lo que se generaría un requerimiento sin causa a en favor del demandante y del Estado, conforme lo ha dicho el Tribunal Superior de Cali

COLFONDOS S.A. refirió que no es posible la devolución de los seguros provisionales, bonos pensionales, saldos y gastos administrativos, por ende, solicita se le absuelva ya que fueron devueltos en su momento.

SKANDIA S.A. en su alzada dijo no estar de acuerdo con la condena frente a gastos de administración y seguros provisionales de forma indexada, dado que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 establece los emolumentos a devolver cuando se da el cambio de régimen, sumas que además autoriza a descontar el artículo 20 de dicha norma, agregando que la indexación se compensa con los rendimientos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual el actor se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 19 de octubre de 1994 por medio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Igualmente, del reporte SIAPF se puede evidenciar que el gestor efectuó otros traslados horizontales a COLFONDOS S.A. el 14 de febrero de 2002, el 31 de agosto de 2005 se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN, el 8 de septiembre de 2006 se afilio a SKANDIA, el 24 de marzo de 2009 regresó a COLFONDOS, y el 16 de noviembre de 2011 retornó a ING la cual se fusionó con PROTECCIÓN en donde se encuentra afiliado en la actualidad, de los cual dan cuenta los formularios de vinculación que aportaron las accionadas, excepto COLFONDOS S.A. (f. 81 archivo 06; f. 68 archivo 07; f. 46, 47 y 74 archivo 09)

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no*

son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del actor GERMAN GOMEZ MEJIA, quien expuso que estando al servicio de SEGUROS ATLAS en el año 1994, los asesores de HORIZONTE le dijeron que el I.S.S. sería liquidado y que ese fondo ofrecía las mismas prerrogativas que esa entidad, como una mejor rentabilidad, agregando que los asesores ya tenían listos los formularios para ser diligenciados, y que le dijeron que podía acceder a la pensión con 1150 semanas. De otro lado, los demás traslados se dieron por que le ofrecían mejores condiciones en cuanto a rendimientos.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el

artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

> *Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

> *"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados"* (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar el numeral segundo de la sentencia de primera grado, en el sentido de precisar que las sumas que debe indexar PROTECCIÓN S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima. En lo demás, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que debe indexar PROTECCIÓN S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES corresponden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 04 2022 00557 01 DE GERMAN GOMEZ MEJIA contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

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

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	11001 31 05 **06 2020 00489 01**
Demandante:	ALVARO HUMBERTO TORRES VELASCO
Demandado:	UGPP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 25 de abril de 2023 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALVARO HUMBERTO TORRES VELASCO promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a fin que se declare que fue retirado de la CAJA AGRARIA el 27 de junio de

1999 por liquidación de la entidad, sin haber cumplido la edad de 55 años y contando con 20 años de servicios.

Asimismo, se declare que su derecho pensional de carácter convencional se causó el 27 de junio de 1999 ante su retiro por decisión de la CAJA AGRARIA, cuando se dio por finalizado el contrato de trabajo ante la liquidación de dicha entidad y haber laborado por más de 20 años, ello de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999.

Que su derecho pensional de carácter convencional fue adquirido con anterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que lo cobija, fue suscrita el 15 de abril de 1998, de ahí que le asista el derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, desde la fecha en que cumplió 55 años de edad, esto es, el 19 de abril de 2007.

En virtud de lo anterior, se condene a la encartada a restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada 14 que se causó desde el 19 de abril de 2007 y a futuro, junto con la correspondiente indexación y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones, el accionante señaló que prestó sus servicios a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO durante más de 20 años, vínculo que finalizó el 27 de junio de 1999 de manera unilateral por parte del empleador.

Que al momento del despido tenía más de 20 años de servicios y no había cumplido la edad de 55 años, adquiriendo el derecho a la pensión convencional

el 27 de junio de 1999, calenda para la cual se le despidió, y que se hizo exigible al cumplimiento de los 55 años, esto es, el 19 de abril de 2007.

Agregó, que la extinta CAJA AGRARIA emitió la Resolución No. 05917 del 6 de febrero de 2018 por medio de la cual le reconoció una pensión de jubilación convencional a partir del 19 de abril de 2007, pagando una primera mesada pensional en cuantía de $1.021.271,92, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios; igualmente ordenó el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce (14); y que para liquidar la primera mesada de la pensión convencional no se indexó el salario promedio devengado en el último año de servicios, es decir, la suma de $1.361.696,90, por lo que mediante resolución No. 06503 de 29 de agosto de 2008 la CAJA AGRARIA indexó la pensión convencional, elevando la cuantía inicial a $1.680.359,43 a partir del 19 de abril de 2007.

De otro lado, expuso que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de manera unilateral suspendió el pago de la mesada adicional de junio. Finalmente, expuso que agotó la reclamación administrativa ante la entidad demandada. (f. 24 a 35 archivo 02)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, ya que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una mesada adicional, toda vez que no cumplió el estatus pensional con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (archivo 05)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de abril de 2023, condenó a la demandada UGPP a reconocer y pagar al actor en forma completa y total la mesada de junio de 2017 en adelante, mientas subsista el derecho pensional junto con la indexación de las sumas debidas desde la exigibilidad de cada una mesada hasta que se realice el pago de lo debido; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2016. Igualmente, condenó al pago del retroactivo por mesadas adicionales en suma de $16.733.030 con corte a 2022. Advirtiendo que en caso de que se produzca la compartibilidad de la pensión convencional con la de vejez, la mesada catorce debe ser asumida por parte de la demandada, finalmente, la condenó en costas.

Como sustento de tal decisión adujo la *a-quo* que, estaba demostrado que la CAJA AGRARIA había reconocido una pensión de jubilación convencional al gestor mediante Resolución No. 05917 de 6 de febrero de 2008, a partir del 19 de abril de 2007, calenda en la que arribo a la edad de 55 en cuantía inicial de $1.021.271.92 teniendo en cuenta que había prestado sus servicios desde el 10 de enero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, laborando 22 años y 39 días para la extinta Caja, y que además se determinó la compartibilidad de la pensión en el evento de reconocimiento de una pensión de vejez por parte del ISS, y posteriormente mediante resolución 6503 de 29 de agosto de 2008 se reajusto la primera mesada pensional en suma de $1.680.359.42.

A continuación, trajo a colación la sentencia CSJ SL526 de 2018 para inferir que para causar la pensión convencional que le fue otorgada al promotor solo se exige

haber prestado por lo menos de veinte años de servicio a la extinta Caja y que se causa cuando en el caso de los hombres cumplan la edad de 55 años, es decir, que la edad es un requisito de exigibilidad más no de su causación, lo cual se ha reiterado en sentencias CSJ SL1098 de 2019, SL4391 de 2020 y SL3236 de 2022.

Así las cosas, explicó que el actor causó el derecho a la pensión el 26 de junio de 1999 cuando se retiró de la CAJA AGRARIA y no el 19 de abril de 2007 cuando cumplió la edad, por ende, al haberse causado el derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce, conforme lo enseñado en sentencias SL3340 de 2020 y SL1655 de 2021.

Sobre la prescripción de la mesada catorce dijo que sería del caso reconocerla desde el 19 de abril de 2007, sin embargo, advirtió que la reclamación administrativa se elevó el 28 de noviembre de 2019, por ende, las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2016 se encuentran prescritas, declarando probada parcialmente dicho medio exceptivo, condenando a la demandada a reconocer la mesada adicional a partir del año 2017, junto con la indexación desde la causación de cada mesada hasta que se realice el pago, concretando el pago del retroactivo en suma de $16.733.070.

Por último, estimó que en caso de que se produzca la compartibilidad de la pensión convencional con la de vejez que reconozca COLPENSIONES, debe entenderse que la mesada catorce hace parte del mayor valor a cargo de la demandada, como se dijo en sentencia SL655 de 2021 y condenó en costas a la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la UGPP presentó recurso de apelación. Expuso en la alzada que la acreencia pensional a cargo de esa entidad se causó por fuera de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que de conformidad con la Resolución No. 05917 del 6 de febrero de 2008, la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero reconoció el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación por vejez a favor del demandante de conformidad con lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 en su artículo 41 la que fue liquidada a con el 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios con la inclusión de factores salariales fijos como sueldo básico, prima de antigüedad y variables como prima de junio, prima de diciembre, prima escolar, prima de vacaciones, gastos de representación, salario en especies sobre una remuneración en cuantía de $1.021.271,92 efectiva a partir del 19 de abril del 2007.

Con posterioridad ordenó indexar la pensión de jubilación mediante resolución No. 06503 de 29 de agosto de 2008, además ordenó indexar la mesada pensional reconocida mediante resolución 05917 de 6 de febrero de 2008 en cuantía inicial de $1.680.359,43 efectiva a partir del 19 de abril del 2007, reajustada al año 2008 en suma de $1.775.971,88, de modo que el monto de la mesada pensional fijada para la fecha de efectividad es equivalente al 3,8 veces el salario mínimo mensual legal vigente el cual se encontraba en $433.700 para el año 2007, fecha de la efectividad de la pensión, en este sentido se tiene que si opera la vigencia del Acto Legislativo, por tanto, se debe absolver a la UGPP de las condenas impuestas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce (14), que argumenta le fue suspendida por parte de la entidad demandada.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el tema objeto de controversia, hay que precisarse que no fue objeto de reproche que al aquí demandante le fue reconocida una pensión de jubilación de carácter convencional a partir del 19 de abril de 2007 en cuantía inicial de $1.021.271,92, ello por cuanto, fue beneficiario de dicha prestación en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que suscribiera la extinta CAJA AGRARIA y el Sindicato SINTRACREDITARIO, conforme lo acredita la Resolución No. 05917 del 6 de febrero de 2008, expedida por la extinta Caja en liquidación, prestación respecto de la cual se indexó la primera mesada pensional a partir de dicha calenda en suma de $1.680.359,42 conforme se indica en Resolución No. 06503 de 29 de agosto de 2008. (archivo 02).

En igual sentido, según se desprende de la certificación de pagos emanada por el FOPEP, que la última mesada adicional percibida por el actor -mesada 14-, fue cancelada para el mes de junio de 2008, aspecto que se colige con la manifestación efectuada por el actor en los hechos de la demanda, acotando que la mesada adicional de junio ya no le fue pagada en el año 2009. (archivo 03).

Ahora, como ya se adujo la controversia en el *sub-lite* gravita en torno a la suspensión de manera unilateral del pago de la mesada catorce.

Al respecto, conviene memora que por virtud de lo consagrado en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año*[1]"

Sin embargo, en la misma disposición normativa, se encuentra la excepción a la aplicación del inciso en cita, esto es, el Parágrafo 6° transitorio en el que se establece:

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

De tal manera, tienen derecho a la mesada 14 aquellos que causen la pensión con anterioridad al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, o quienes acrediten el cumplimiento del derecho a la prestación con posterioridad a dicha calenda y hasta el 31 de julio de 2011, siempre que su mesada sea inferior a los 3 S.M.L.M.V.

Igualmente, es menester precisar la diferencia entre el momento de causación del derecho y el de su reconocimiento o disfrute como en el caso que aquí nos ocupa; en función de ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha abordado un caso de similares condiciones como el aquí debatido, en el que se reconoce una pensión convencional a la parte actora y se estudia el alcance del artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 entre el ex empleador de la demandante y el sindicato SINTRACREDITARIO, sentencia CSJ SL3438-2021 Radicación No. 85640 del 16 de junio de 2021, estableciendo lo siguiente:

---

[1] *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".*

"Pues bien, la Sala se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la interpretación y alcance de la normativa trascrita y, en particular, respecto al primer parágrafo allí estipulado. Precisamente, en la sentencia CSJ SL526-2018 señaló que: (i) aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada entidad, y (iii) el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años si es mujer o 55 si es hombre.

"En esas condiciones, en el citado precedente la Sala concluyó que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa. Por tanto, tiene razón la censura en cuanto afirma que la edad constituye una condición individual de mera exigibilidad, goce o disfrute de la prestación, pero no de su formación o estructuración.

"Bajo el anterior panorama, dado que no se discute que para el 27 de junio de 1999, fecha de desvinculación del actor de la empresa, aquel tenía más de 20 años de servicios a favor de la Caja Agraria, es evidente que en ese momento adquirió el derecho pensional convencional y únicamente quedó a la espera de cumplir la edad para poder exigir su reconocimiento".

Por ende, según la jurisprudencia traída a colación los requisitos de causación o configuración del derecho pensional contenido en la Convención Colectiva de 1998-1999 suscrita entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el sindicato SINTRACREDITO, la cual cobijaba al demandante, son el tiempo de servicios y el retiro de la empresa, siendo este último momento el de causación de la mentada pensión y, por tanto, el de su estructuración, sin que en ello tenga incidencia el cumplimiento de la edad, lo cual termina siendo necesario solo para su disfrute y reconocimiento.

Así las cosas, en el evento del demandante la causación del derecho sucedió el 19 de abril de 2007, tal y como obra en la Resolución 05917 del 6 de febrero de 2008, por medio de la cual la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACION reconoció la pensión de jubilación convencional. Por ello es, que al

haber causado el derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, este no puede ser permeado por sus disposiciones e interpretaciones, pues si bien el reconocimiento de la pensión fue el 19 de abril de 2007, resultado de haber cumplido la edad requerida en la norma convencional, el derecho pensional ya había sido causado y por tanto adquirido el 27 de junio de 1999, argumento que valida la misma jurisprudencia recogida en esta oportunidad, más precisamente sobre la procedencia de la mesada adicional de junio:

> *"Por otra parte, se advierte que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio o «mesada catorce», pues se reitera, causó la pensión cuando se produjo su desvinculación luego de más de 20 años de servicios, esto es, el 27 de junio de 1999, por lo que su derecho no está afectado por las reglas que al efecto establece el Acto Legislativo 01 de 2005 porque la prestación se causó antes de que esta normativa entrara en vigor. Además, las mesadas adicionales también proceden para las pensiones convencionales (CSJ SL 20 mar. 2013, rad. 54265 y SL1925-2021)."*

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2769-2021, Radicación No. 82576 del 21 de junio de 2021, señaló:

> *"De ahí que, el demandante tiene derecho a que la liquidación de la prestación pensional extralegal, se realice con la respectiva actualización monetaria de la base salarial del último año de servicios que para el año 1999 ascendió al valor de $1.490.503, lo que conduce a que para la fecha en que se cumplió la edad de 55 años de edad, es decir, el 10 de septiembre de 2012, hechas las operaciones por el grupo de actuaría de esta Sala, dicho valor ascienda a la suma de $3.118.106 que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75%, conforme a la cláusula 41 de la Convención Colectiva de Trabajo,- arroja una mesada inicial de $2.338.580, que deberá ser reajustada anualmente conforme a la ley, operación aquella que se resume en el siguiente cuadro:*
>
> *"[…]*
>
> *"De otra parte, como quiera que la pensión se causó antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el accionante tiene derecho a 14 mesadas al año".*

Respecto del momento en que se le debe restituir el pago de la mentada prerrogativa, es pertinente señalar que obra en el expediente el certificado expedido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional-FOPEP (f. 19 a 22 archivo 05), el cual contiene los periodos en los que se pagaron las mesadas pensionales reconocidas desde 2007, incluida la mesada 14, última que se vino cancelando en debida forma hasta el año 2008, pero suspendiéndose para pago a partir del año 2009; circunstancia por la cual es menester su reactivación.

En ese sentido, y contrario a lo sostenido por el impugnante, le asiste la razón a la Juez de instancia al declarar que procede el pago de la mesada catorce, respecto de la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida al demandante desde el 19 de abril de 2007. En tal sentido, se confirmará la sentencia de primer grado.

Ahora bien, en cuanto a la excepción de prescripción de mesadas que propuso la encartada se declarará probada de manera parcial, en la medida en que la pensión de jubilación convencional le fue reconocida al promotor de la litis mediante la Resolución No. 05917 del 6 de febrero de 2008, a partir del 19 de abril de 2007; y la mesada catorce dejó de sufragarse desde junio de 2009, radicándose reclamación ante la encartada UGPP el 28 de noviembre de 2019 (f. 16 a 19 archivo 02), y la presente acción fue impetrada el 29 de octubre de este mismo año (archivo 01); es decir, que las mesadas adicionales o mesada catorce causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2016, se encuentra permeadas por el fenómeno prescriptivo de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

En esa medida, es claro que la mesada adicional de junio de 2016 debe ser pagada como lo concluyó la Juez de primer grado, quien tasó el retroactivo de 2017 a 2022 en suma de $16.733.030, monto que, según las operaciones aritméticas del caso, concuerda con la obtenida por esta Colegiatura. Sin embargo, se adicionará

la sentencia en el sentido de autorizar a la entidad demandada a descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Igualmente, estima esta Colegiatura conveniente precisar que dada la compartibilidad de la pensión convencional que se le reconoció al gestor, según se dijo en la resolución que otorgó la prestación, la mesada adicional de junio de cada año debe ser asumida en su totalidad por la demandada UGPP, en caso de llegar a devengar la pensión de vejez legal, conforme lo dijo entre otras, en sentencias SL4517-2020 y SL1879-2023, tal como lo dedujo la *a quo*.

Asimismo, advierte la Sala que se torna procedente la indexación deprecada, por como lo sostuvo la operadora de instancia, ya que es palmario que ante la existencia del fenómeno inflacionario, el valor de las mesadas pensionales que ha debido recibir la demandante desde el momento de su causación ha sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo, diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su justo precio al momento de la obligación, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justica en sentencia SL1446-2022, Radicación No. 87836 de 26 de abril de 2022, al referirse a la indexación de las mesadas pensionales memoró lo siguiente:

> "*En su lugar, dicho monto debe ser indexado a la fecha del pago, toda vez que, según se explicó en la providencia CSJ SL815-2021, […] tal corrección monetaria pretende impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario, en procura de que la obligación se satisfaga de manera completa e integral (SL359-2021).*
>
> *[…]*

"en la sentencia CSJ SL5045-2018, la Corporación ha reiterado que:

[…] existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «[…] una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), (…); y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica."

Dicho, esto se impone la confirmación de la decisión de primer grado sobre este puntal aspecto, en tanto procede la indexación del retroactivo aquí analizado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de abril de 2023 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de autorizar a la demandada UGPP a descotar del valor del retroactivo pensional reconocido, lo correspondiente a aportes con destino al sistema general de seguridad social en salud, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia bajo estudio, de acuerdo con las razones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **08 2022 00434 01**
Demandante:	ALFREDO ALFONSO SIERRA RAMOS
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 12 de octubre del 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALFREDO ALFONSO SIERRA RAMOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA., hoy PROTECCIÓN S.A., en razón a una omisión al deber profesional de información.

Como consecuencia de ello, pretende se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, así mismo, se condene a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los dineros que hubiesen recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, comisiones, gastos de administración o cualquier otro concepto, sufragando con cargo a sus propios recursos la disminución del capital de su pensión.

Igualmente, se condene a PORVENIR S.A., que en caso de haberle otorgado la pensión de vejez previo a dictar la sentencia que pusiera fin a la litis, continuara con su pago hasta tanto sean trasladado todos los recursos a COLPENSIONES y sea incluido en el listado de nómina de pensionados; adicional a ello, solicita se sancione a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, así como al pago de costas y agencias de derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones desde el 14 de enero de 1980, no obstante, expuso que el 23 de enero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA. Así mismo, adujo que el referido Fondo Pensional fue absorbido por PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, explicó que COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., no le brindó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto de los beneficios que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, de igual manera, relató que tampoco se le comentó las consecuencias negativas de trasladarse de régimen, aduciendo solo haber firmado un formato preestablecido para su vinculación. Así mismo, afirmó que la entidad no le realizó proyección alguna de su mesada en uno u otro régimen, no le comunicó el capital requerido para obtener una pensión equivalente a la que hubiese podido obtener en COLPENSIONES, no le explicó lo referente al bono pensional, ni su expectativa pensional por tener cónyuge, compañero(a), hijo discapacitado o menor de edad a su cargo y mucho menos el derecho de retracto.

En contraste, adujo que la AFP le comentó la posibilidad de pensionarse a una temprana edad, que su mesada pensional sería más favorable, la oportunidad de adquirir rendimientos financieros y que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer.

Adicional a ello, relató haberse trasladado a PORVENIR S.A.; en consecuencia, refirió que mediante petición radicada ante a los Fondos Privados, solicitó se le suministrara toda la documentación relativa a su afiliación, la cual nunca le fue remitida. De la misma manera, expuso haber requerido tanto a COLPENSIONES como a las entidades pensionales, la anulación de su traslado de régimen pensional, pedimento que fue denegado por cada una.

Por último, explicó que el monto de su pensión en el régimen de prima media con prestación definida sería de $6.202.802, mientras que en PORVENIR S.A. sería de $2.935.880, generándole una diferencia equivalente a $3.266.923.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio aduciendo desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar por medio de las cuales el demandante efectuó el traslado del RPMPD al RAIS a través de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.; por otro lado, explicó que el traslado de régimen se efectuó bajo el ejercicio del derecho de libre escogencia consagrado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las de Prescripción, Caducidad, declaratoria de Otras Excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Archivo 07).

Por su parte, PORVENIR S.A. contestó la demanda arguyendo que no existe causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por el actor a través de HORIZONTE S.A, hoy PORVENIR S.A, en razón a que no existió ningún vicio en el consentimiento toda vez que la suscripción del formulario denota la aceptación por parte del demandante, contando además con la debida asesoría.

Formuló como excepciones la de 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. (Archivo 08).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum* argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. (Archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de octubre del 2023, resolvió:

> ***"PRIMERO:*** *DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor ALFREDO ALFONSO SIERRA RAMOS, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 23 de enero de 1996, mediante su afiliación a COLMENA, ahora PROTECCIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: *CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor ALFREDO ALFONSO SIERRA RAMOS.*

TERCERO: *CONDENAR a las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor ALFREDO ALFONSO SIERRA RAMOS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil.*

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

QUINTO: *COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR y PROTECCIÓN liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos, para cada una de ellas.*

SEXTO: *ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en la parte motiva.*

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

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

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

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

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR la apeló. Al respecto, manifestó su disenso frente a la devolución de gastos de administración y la indexación de tales rubros, aduciendo que los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor no han perdido poder adquisitivo, además de que los costos administrativos lograron incrementar el capital ahorrado. Adicional a ello, refirió que se estaría generado un enriquecimiento sin justa a favor de COLPENSIONES toda vez que los rendimientos generados en la cuenta del actor compensan la depreciación que se hubiese podido generar de los demás emolumentos jurídicos a retornar.

Como otro punto de reproche, expresó su inconformidad respecto a la condena en costas, refiriendo que bajo la disposición legal del artículo 2 de la Ley 797 del 2003, no le era posible realizar el traslado de régimen de aquellos afilados que se encontraban a menos de 10 años de adquirir su derecho pensional, así mismo, arguyo que estaba supeditado a la voluntad de COLPENSIONES, quien es la entidad encargada de recibir al demandante.

De igual manera, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, argumentando que no era posible exigirle a la parte pasiva la exhibición de pruebas inexistentes y adicionales para la época de los hechos, aclarando que el deber de los fondos privados consistía en suministrar la información pertinente, la cual era brindada de manera verbal, por lo que solo con el formulario de afiliación se entendía el consentimiento informado que otorgaba el afiliado. Igualmente, aseguró que el demandante se encontraba inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 del

2003, afirmando que no era beneficiario del régimen de transición, por lo que su traslado se realizó en ejercicio al derecho de libre escogencia de régimen y el principio de autonomía de la voluntad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 23 de enero de 1996, vinculación que se hizo efectiva el 1° de febrero de misma anualidad, haciendo la aclaración que si bien se anexó un formato de vinculación a PORVENIR S.A. adiado el 26 de mayo de 1994, lo cierto es que este no se logró efectivizar, toda vez el actor continuó cotizando en el régimen público hasta el 30 de enero de 1996 a través del empleador GRUPO O. G. LTDA, tal como da cuenta su historial laboral consolidada y el reporte SIAFP. (Folios 53 y 69 – Archivo 02 y folios 72 a 74 y 96 - Archivo 08).

Así las cosas, también fue remitido el formulario mediante el cual se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 21 de marzo del 2001, la cual se dio por efectivizada el 1º de mayo del 2001 según el reporte SIAFP. (fl. 70 - Archivo 02, fl. 96- Archivo 08 y folio 58 – Archivo 09). Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son*

suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, el demandante señor ALFREDO ALFONSO SIERRA RAMOS afirmó que su traslado de régimen a través de la AFP COLMENA en el año 1996 se dio en razón a que encontraba trabajando para una empresa de muebles, la cual suscribió un contrato con la CONSTRUCTORA COLMENA para hacer la instalación de todas las cocinas de sus sedes, por lo que su ex empleadora dio la directriz a todos los trabajadores de afiliarse a la AFP en reciprocidad al convenio realizado. Al respecto, manifestó que una asesora del Fondo realizó una reunión grupal que tuvo una duración de aproximadamente 20 minutos, refiriendo que le comentaron cuál era el funcionamiento de la entidad, pero sin recordar con exactitud lo que le comentaron.

Por otro lado, expuso que se vinculó posteriormente a la AFP HORIZONTE toda vez que la compañía a la cual estaba solicitando trabajo, le remitió varios documentos para firmar, entre ellos, afiliación a pensión, salud y ARL, manifestándole que por cuestiones administrativas preferían realizar los trámites a través de una sola planilla; así las cosas, resaltó que nunca recibió asesoría por parte de la entidad. Así mismo, aseguró que nunca suscribió formato de vinculación con PORVENIR S.A. y que su traslado de régimen se dio a través de AFP COLMENA.

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

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que*

desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye*

dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".

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

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

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

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

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

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

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

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

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

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

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

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se

predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo del 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados*

con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

"Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados".

Así las cosas, tal como lo sostuvo la juzgadora de primer grado, es viable decretar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante en razón al incumplimiento del deber de información por parte de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., por lo que es evidente que además de los gastos de administración, los fondos privados demandados deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que deberán ser indexados al momento de su pago, por ende, se adicionará al numeral tercero de la sentencia de instancia en tal sentido, en lo demás habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de los recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 12 de octubre del 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de los gastos de administración, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados al momento del pago, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 08 2022 00434 01 DE ALFREDO ALFONSO SIERRA RAMOS contra COLPENSIONES Y OTROS.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

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

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **10 2019 00517 01**
Demandante:	DAYSE ROCIO CALDERON AYERBE
Demandado:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada JENNY CAROLINA VARGAS FONSECA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.118.542.459 y T.P. 280.360 del C. S. de la Judicatura en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el proceso en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., con ocasión de la sentencia proferida el 7 de julio de 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DAYSE ROCIO CALDERON AYERBE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare

que el fondo privado al trasladarla del I.S.S. en octubre de 1997 no cumplió con su deber de información, lo que le causó un perjuicio grave en el valor de su mesada pensional, a su vez, se declare la nulidad del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.

En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que efectuó, junto con los rendimientos y semanas cotizadas, sin incluir gastos de administración y seguros previsionales, asimismo, se ordene a PROTECCIÓN S.A. anule la pensión de vejez que le otorgó y a COLPENSIONES que acepte su traslado y le conceda la pensión de vejez de acuerdo con lo establecido en la Ley 797 de 2003. Igualmente, pretende se condene a COLPENSIONES a pagar la diferencia que resulte entre la mesada que le reconoció el fondo privado y la que defina esa entidad desde junio de 2017, finalmente solicita se condene en costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

En subsidio, solicita se declare que el fondo privado al trasladarla del I.S.S. en octubre de 1997 no cumplió con su deber de información, lo que le causó un perjuicio grave en el valor de su mesada pensional, a su vez, se declare la ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.

En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que efectuó, junto con los rendimientos y semanas cotizadas, sin incluir gastos de administración y seguros previsionales, asimismo, se ordene a PROTECCIÓN S.A. anule la pensión de vejez que le otorgó y a COLPENSIONES que acepte su traslado y le conceda la pensión de vejez de acuerdo según lo dispuesto en la Ley 797 de 2003; y se le condene a pagar la diferencia que resulte entre la mesada que le reconoció el fondo privado y la que defina esa entidad desde junio de 2017, además se condene en costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones, adujo que nació el 1º de abril de 1960 y estuvo vinculada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS desde el 22 mayo de 1985, y en octubre de 1997 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. en donde permanece en la actualidad, convencida de que esa decisión no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional.

Además, expuso que alcanzó un total de 1645 semanas cotizadas en ambos regímenes pensionales y que antes de cumplir la edad de 47 años no fue informada por parte de PROTECCIÓN S.A. sobre la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quedando así inmersa en la prohibición de traslado de régimen pensional consagrada en la ley.

Relató a continuación que efectuó cotizaciones a pensión hasta mayo de 2017 y que al no se posible su traslado se vio en la obligación de solicitar la pensión de vejez y el 2 de julio de 2019 solicito la nulidad de su traslado a COLPENSIONES, el cual fue negado por esa entidad. Igualmente, PROTECCIÓN le otorgó la pensión de vejez a partir de agosto de 2017, recibiendo una mesada de $828.116 a la presentación de la demanda, empero, de haber permanecido en el régimen de prima su mesada ascendería a $1.299.621 aplicando una tasa de reemplazo del 73.51%. Así las cosas, es evidente la afectación que le ha ocasionado la indebida asesoría del fondo privado el cual no le explicó al momento del traslado las ventajas y desventajas de tal decisión y como se pensionaria en ese régimen, lo que de paso vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social. (f. 45 a 88 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que el traslado que realizó a la AFP se presume que fue efectuado en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen

pensional conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por ende, es plenamente válido y el vicio en el consentimiento, la falta de información o la ineficacia del traslado que se alega, deberá probarse en el trámite procesal.

En su defensa propuso la excepción previa de falta de competencia por no agotamiento de reclamación administrativa, la cual declaró no probada en audiencia de 29 de septiembre de 2021. De la misma forma, propuso como excepciones de fondo las de caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir y la declaratoria de otras excepciones. (f. 100 a 108 archivo 01).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existió vicio en el consentimiento al momento de celebrar el acto jurídico de vinculación a ese fondo, y tampoco falto al deber de información al momento de la afiliación de la gestora, pues se dio en cumplimiento a las normas de seguridad social vigentes para esa calenda, respectando el derecho a la libre elección consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que conllevó a que la actora alcanzara el estatus pensional por lo que la afiliación a ese fondo tiene plena eficacia.

En su defensa propuso la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario por pasiva, la cual se declaró probada en audiencia de 29 de septiembre de 2021 en la que dispuso vincular como litis consorte necesario al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos pensionales.

Como excepciones de fondo propuso la de inexistencia de las obligaciones demandadas y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional

cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada. (f. 125 a 168 archivo 01)

La NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se opuso a las pretensiones del libelo introductorio aduciendo que esa entidad a través de la Oficina de Bonos Pensionales responde solo por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación de acuerdo a las solicitudes que al respecto realicen las administradoras del sistema general de pensiones y desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado de régimen de la actora.

Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva: la Oficina de Bonos Pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional, ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional de la actora, imposibilidad jurídica del traslado de régimen por la condición de pensionada de la actora, buena fe, prescripción, inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto y violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera. (archivo 20)

La demandada PROTECCIÓN S.A. presentó demanda de reconvención en contra de la actora, en la que solicita se declare que le reconoció la pensión de vejez desde el 24 de mayo de 2017 con una mesada inicial de $746.445, la que para 2020 asciende a $877.803, y que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda principal se le condene a debe devolver a ese fondo los rubros que ha pagado por concepto de mesadas pensionales, con la rentabilidad que hubiere producido de permanecer en ese fondo, o en subsidio de forma indexada, se le autorice suspender el pago de la pensión y se condene en costas y agencias en derecho a la pasiva. (f. 249 a 258 archivo 01)

En audiencia celebrada el 13 de marzo de 2023, se admitió la demanda de reconvención que presentó la demandada PROTECCIÓN S.A. en contra de la demandante DAYSE ROCIO CALDERON AYERBE y se corrió el traslado de ley.

DAYSE ROCIO CALDERON AYERBE se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención, aduciendo que no está obligada a reconocer ninguna suma de dinero a PROTECCIÓN S.A, teniendo en cuenta las sumas percibidas corresponden a los ahorros que fueron depositados en la cuenta de ahorro individual, y que recibió de buena fe y que de acuerdo con la Jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad no está obligada a devolverlos.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho sustantivo, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 32)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de julio de 2023, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y de imposibilidad jurídica del traslado de régimen por la condición de pensionada de la actora que fueron propuestas por las demandadas. En consecuencia, las absolvió de todas y cada una de las pretensiones de la demanda principal.

Frente a la demanda de reconvención, declaró que la actora se encuentra pensionada por parte de PROTECCIÓN desde 24 de mayo de 2017 y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación que propuso la demandada en reconvención y la absolvió de las demás pretensiones instauradas en su contra, no obstante, la condenó en costas respecto de la demanda principal a favor de PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* en síntesis comenzó por recordar que la consecuencia de la falta de información al momento del traslado por parte del fondo privado es la ineficacia del traslado de régimen pensional conforme lo enseñado por la amplia jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad, ello en consonancia con lo reglado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993.

Sin embargo, ante tal escenario la CSJ-SL desde la sentencia SL373 de 2021, sentó su posición sobre este tema, indicando que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un estatus jurídico que no es posible revertir como ocurre en este caso, pues no se puede borrar la calidad de pensionado, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, relaciones y actos jurídicos y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, conllevando un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En virtud de lo anterior, si bien se acreditó el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y la falta de información al momento del traslado, también lo es, que no puede obviarse que la gestora se encuentra pensionada por parte de PROTECCIÓN de acuerdo a las probanzas recaudadas en trámite procesal, adicionalmente, se pagó el respectivo bono pensional tipo A, por lo que no es posible retrotraer tal actuación, agregando que no les posible analizar de oficio los perjuicios que se le pudiesen haber causado por la falta de información al no haber sido solicitados.

Por último, sostuvo frente a la demanda de reconvención, que era posible declarar que se le había reconocido a la demandante principal una pensión de vejez por parte de PROTECCIÓN, no obstante, al no haber salido avantes las pretensiones de la demanda principal no es posible acceder a las pretensiones de la de reconvención.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe
surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 5 de septiembre de 1997 (f. 180 archivo 01), en el cual se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le

suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

De otro lado, en el interrogatorio de parte que depuso la demandante refirió que a su lugar de trabajo llegó un asesor de PROTECCIÓN y junto con su empleador le dijeron que el fondo público seria liquidado y que se debía trasladar al fondo privado sin suministrar más información, y que solo hasta que fue a tramitar su pensión se dio cuenta de que había cometido un error al enterarse del valor de su mesada pensional, prestación que aceptó porque no sabía que podía demandar, además indicó que su inconformidad radica en el valor de su mesada y que se encuentra pensionada por parte de PROTECCIÓN bajo la modalidad de renta vitalicia sin que su mesada haya sido suspendida. Aseveraciones que permiten concluir la falta de una debida información como antesala al traslado de régimen.

d. De la condición de afiliada y pensionada:

De cara a lo anterior, debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que "*La precisión del concepto "afiliación" también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto*

que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina "alta", y aquéllas en que no lo está (se denomina "baja").

En ese punto, la Sala resalta que de las probanzas aportadas por PROTECCIÓN S.A. y conforme lo sostuvo la actora en el interrogatorio de parte que depuso, se aprecia que ésta se encuentra pensionada en el RAIS, aspecto que igualmente se colige de la solicitud de pensión que elevó la actora y la comunicación que le dirigió el fondo privado a ésta el 28 de julio de 2017 en la que le reconoce la pensión de vejez anticipada a partir del 24 de mayo de 2017 bajo la modalidad de retiro programado en cuantía inicial de $746.445.75, y la certificación que emitiera la AFP el 18 de febrero de 2020, en la que certifica tal condición. (f. 202 a 228 archivo 01).

Por otra parte, se itera que la demandante confesó en su interrogatorio de parte que se encuentra pensionada por parte del fondo privado. A lo que se suma que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO emitió Resolución No. 16748 de 27 de junio de 2017, ordenando el pago del bono tipo A, a favor de la promotora (f. 44 a 69 archivo 20).

En tal sentido, la accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por PROTECCIÓN S.A., dejó de ostentar la calidad de afiliada, para consolidarse en su favor la condición de *pensionada* por vejez en los términos y modalidad seleccionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Dicho esto, menester señalar que las calidades de *afiliado y pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En efecto, *verbi gratia*, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la trasferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento

que opera bajo la condición que el afiliado *"no haya adquirido la calidad de pensionado"*, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que *"Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado"*.

Además, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021, trazó la línea de que si bien por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible devolver las cosas a su estado normal, la calidad de pensionado resulta en la configuración de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir cuando se acredita la ineficacia del traslado, como quiera que tal aspecto conllevaría a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, así se enfatizó:

> *"Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)[1], lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:*
>
> > *Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría*

[1] SL1688-2019, SL3464-2019

perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones."

Así las cosas, al encontrarse la accionante pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la figura de retiro programado, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión de primer grado en su integridad, en tanto, como ya se indicó, existe una multiplicidad de situaciones encaminadas a la afectación tanto financiera, legal, social, entre otras circunstancias, que impiden ante la calidad de pensionada promover la figura de la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que la demandante sea retornada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, postura que ha sido reiterada entre otras en sentencia SL1085 de 2023.

Por último, si bien no puede obviarse que la demanda fue presentada con anterioridad a dicha postura, este cuerpo Colegiado advierte que no puede desatender los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, pues precisamente los Jueces del Trabajo deben hacer uso del precedente jurisprudencial vertical por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al ser esta Corporación el órgano de cierre de la especialidad laboral, aspecto que también ha sido decantado en distintas decisiones, dentro de ellas la estimada en la sentencia SL2029-2022, Radicación No. 84330 del 14 de junio de 2022, donde se expuso:

"Sobre este último punto, el artículo 234 de la Carta Política consagró expresamente que la «La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria», de tal suerte que su precedente es vinculante y obligatorio para todos los asuntos referidos a ella, que es fijado por cada una de las salas que constituyen la Corporación, según su especialidad.

"Así las cosas, el Tribunal en su decisión no hizo cosa distinta que observar

las reglas jurídicas que esta Corporación ha establecido para la definición de los casos de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, lo que fundamentó y motivó expresamente dentro del fallo. Por ende, no es viable imputar como error el hecho de haber fundamentado su decisión en el criterio jurisprudencial vigente.

Más adelante resaltó:

"Al respecto, es necesario recordar que la obligatoriedad del precedente de esta Sala para los asuntos que son de su competencia ha sido reconocida por la misma Corte Constitucional, quien mediante sentencia CC C-836 de 2001 expuso:

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Igualmente señaló que, la actividad judicial también está sujeta a la jurisprudencia, en estos términos,

Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, ***incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales****, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico (negrillas fuera del original).*

Así las cosas, habiéndose analizado el asunto dentro de la jurisdicción ordinaria, debía aplicarse el precedente fijado por el órgano de cierre, al cual incluso los recurrentes hacen referencia dentro de los cargos formulados."

Así las cosas, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por no haberse causado.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de julio de 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral: **1100131050 10 2019 00598 01**
Demandante: JULIO ERNESTO ZAQUE CHALA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

La abogada de COLPENSIONES Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, allegó escrito denominado "renuncia de poder". No obstante, de conformidad con lo establecido con lo establecido en el inciso 5 del artículo 76 del C.G.P., dicha solicitud se NIEGA; en tanto, tal solicitud allegada al plenario no cuenta con la constancia de comunicación de la renuncia al poderdante.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida fue advera a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JULIO ERNESTO ZAQUE CHALA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPESNSIONES, a fin de que se le condene a reliquidar la pensión reconocida mediante la Resolución No. 014316 de 2002, dando aplicabilidad a lo normado en la Ley 33 de 1985, en concordancia con el Decreto 1045 de 1978, debiendo indexar las diferencias que se causen teniendo en cuenta las variaciones del IPC a partir de la fecha en que adquirió el estatus pensional, esto es, la anualidad 1996, y hasta la fecha en que se produzca el pago de las sumas reconocidas.

Igualmente, se condene a la entidad pagar las diferencias causadas a partir del día en que adquirió el derecho pensional debidamente indexadas, lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró al servicio del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y DEPORTE durante más de 20 años, así como que mediante Resolución No. 014316 de 2002 fue pensionado por el extinto ISS, pero sin que la entidad expresara si al actor se le aplicó una tasa de reemplazo del 90% de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, como tampoco se expuso si la prestación fue reconocida en los términos de la Ley 33 de 1985.

Que teniendo en cuenta el tiempo de servicios laborado, debió ser pensionado a los 55 años de edad de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, lo que conllevó a que solicitara ante COLPENSIONES la reliquidación pensional, pero la misma fue negada mediante diferentes actos administrativos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la prestación que le fue reconocida y liquidada en su momento al demandante se encuentra ajustada a derecho, especialmente por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la pensión se liquidó con los parámetros legales.

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

Menester es poner de presente que el asunto de marras se presentó inicialmente el 13 de diciembre de 2016 ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, quien en decisión de segunda instancia proferida el 8 de julio de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "E", dispuso declarar oficiosamente la declarar la nulidad de todo lo actuado argumentando que el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial al servicio del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y DEPORTE (Fls. 82 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITAL).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2022 condenó a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez ya otorgada al actor a partir del 10 de diciembre de 1996, bajo el amparo de lo establecido en la Ley 33 de 1985 en la suma de $629.751.06 y sobre 14 mesadas pensionales al año.

Precisó que las mesadas pensionales a partir del año 2012 son las siguientes:

_ Año 2012 $2.305.822.29.
_ Año 2013 $2.362.084.36.
_ Año 2014 $2.407.908.80.

_ Año 2015 $2.496.038.26.

_ Año 2016 $2.665.020.05.

_ Año 2017 $2.818.258.70.

_ Año 2018 $2.933.525.48.

_ Año 2019 $3.026.811.59.

_ Año 2020 $3.141.830.43.

_ Año 2021 $3.192.413.90.

_ Año 2022 $3.371.827.56.

Por consiguiente, condenó a la encartada reconocer al actor la diferencia de las mesadas pensionales causadas entre el 15 de octubre de 2012 y el 30 de noviembre de 2022, las cuales arrojan la suma de $132.012.019.45, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se sigan causando debidamente indexadas, autorizando a su vez a COLPENSIONES efectuar los correspondientes descuentos en salud.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* en primer lugar que el demandante nació el 23 de julio de 1941, por lo cual cumplió la edad de 55 años el 23 de julio de 1996, al igual que se encuentra demostrado que el actor prestó servicios en el sector público por intermedio del INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACIÓN Y DEPORTE durante el periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 1974 y el 9 de diciembre de 1996.

Igualmente, expuso estar probado que el extinto ISS mediante Resolución No. 014316 de 2002 reconoció al demandante pensión de vejez en cuantía inicial de $891.314 a partir del 1º de julio de 2002 con base en lo establecido en el Decreto 758 de 1990, prestación que se reliquidó a través de la Resolución 007653 de 2003, modificando únicamente la fecha de efectividad al 23 de julio de 2000.

En concordancia de lo anterior, expuso no encontrarse en discusión que el demandante es beneficiario del régimen de transición, como quiera que en aplicación del mismo fue que se le reconoció la pensión bajo la égida del

Decreto 758 de 1990, máxime si para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 53 años de edad; circunstancia por la cual, al actor le eran aplicables tanto el Decreto 758 de 1990 como la Ley 33 de 1985, última que es la normativa a aplicar dentro del asunto *sub-examine*.

Que en tratándose de los factores salariales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha referido que deben ser aplicados los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, de allí que para el asunto de marras deba emplearse el mismo y no el pretendido por el actor en la demanda, esto es, el Decreto 1045 de 1978.

Seguidamente, refirió que el actor acreditó los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1975, toda vez que cumplió 55 años de edad el 23 de julio de 1996 y ostentó más de 20 años de servicios al sector público, más exactamente al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y DEPORTE por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 1974 y el 9 de diciembre de 1996, junto con los factores salariales contemplados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

En lo atinente al ingreso base de liquidación, arguyó que corresponde a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, no como lo realizó COLPENSIONES que definió dar aplicabilidad a los preceptos del artículo 21 de la misma disposición normativa. Además, recalcó que, al haber laborado el actor al servicio del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y DEPORTE, la entrada en vigencia de la mentada Ley 100 de 1993 en el asunto de marras lo sería a partir del 30 de junio de 1995 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 151 de la norma en mención y los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al unísono, indicó que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 a partir del 30 de junio de 1995, el señor JULIO ERNESTO ZAQUE CHALA contaba con 53 años, 11 meses y 7 días, de allí que se debía aplicar lo reglado en el inciso 3º del artículo 36 de la ley en comento, en la medida que le faltaba un año y 23

días para adquirir la edad pensional por jubilación, así como que en el año de 1996 cumplió los 20 años de servicios bajo la égida de la Ley 33 de 1985 ya que laboró hasta el mes de noviembre del referido año 1996; circunstancia por la cual, se deberán tomar los salarios devengados con los factores salariales causados entre el 30 de junio de 1995 y el 9 de diciembre de 1996.

Expuso que, si bien el demandante solicitó el reconocimiento de la prestación desde el mismo momento en que cumplió la edad para pensión que lo fue el 23 de julio de 1996, no es posible acceder a la prestación desde dicha data por cuanto en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, era necesaria la desvinculación del sistema, aspecto último sucedió el 9 de diciembre de 1996, por lo que coligió ser esta la fecha en que resultaba procedente el derecho pensional.

En consecuencia y, teniendo en cuenta los factores salariales regulados en el Decreto 1158 de 1994, determinó que el ingreso base de liquidación para el año de 1996 ascendía a la suma de $839.668.8, la cual al aplicársele una tasa de reemplazo del 75% arrojaba como primera mesada pensional al 9 de diciembre de 1996 un monto de $629.751.06, prestación que deberá ser incrementada como lo dispone la Ley 100 de 1993 con base en el IPC de cada anualidad, considerando a su vez que procedía la reliquidación pensional deprecada a favor del actor, en atención a que la prestación que le reconoció COLPENSIONES a la luz del Decreto 758 de 1990 resultaba inferior, la cual por demás debía pagarse sobre 14 mesadas pensionales al año.

Luego y en atención de la excepción de prescripción impetrada por COLPENSIONES, decidió que la misma operaba con anterioridad al 15 de octubre de 2012 respecto de las diferencias de las mesadas pensionales.

Por ello coligió que teniendo en cuenta la mesada ya reconocida por COLPENSIONES al actor y la otorgada en sede judicial a la luz de la Ley 33 de 1985, se adeudada a razón de diferencias pensionales por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2012 y el 30 de noviembre de 2022, sin

perjuicio de las que se sigan causando hasta la fecha de inclusión en nómina, los siguientes valores:

_ Año 2012 $2.599.522.
_ Año 2013 $10.766.166.98.
_ Año 2014 $11.160.208.69.
_ Año 2015 $11.915.754.82.
_ Año 2016 12.600.910.72.
_ Año 2017 $13.116.287.97.
_ Año 2018 $13.533.385.93.
_ Año 2019 $14.047.654.59.
_ Año 2020 $14.273.821.83.
_ Año 2021 $15.076.010.62.
_ Año 2022 $12.922.294.81.

De lo anterior, autorizó a COLPENSIONES efectuar los correspondientes descuentos en salud, sumas que deberán cancelarse de manera indexada en atención de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLEPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en lo que concierne a la imposición de condena en costas e indexación, en la medida que en todo momento se ha actuado de buena fe, de allí que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 365 del C.G.P. no habría lugar a su imposición.

En igual sentido, arguyó no prosperar el pago de indexación ya que debe partirse del principio de la buena fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y el recurso interpuesto por la misma entidad, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si al aquí demandante señor JULIO ERNESTO ZAQUE CHALA le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación regulada en la Ley 33 de 1985, ello con la finalidad de verificar si goza de prosperidad el reajuste pensional perseguido frente a la pensión de vejez que percibe en la actualidad en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que mediante Resolución No. 014316 del 27 de junio de 2002 el extinto ISS le reconoció al demandante pensión de vejez a partir del 1º de julio de 2002 en los términos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad en cuantía inicial de $891.314 teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%, prestación que en a través de la Resolución 7653 del 8 de mayo de 2003 fue objeto de modificación en la data de su reconocimiento, siendo otorgada a partir del 23 de julio de 2001 en la misma cuantía (Fls. 80 a 81 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITAL).

(ii) Que el demandante nació el 23 de julio de 1941 conforme da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (CARPETA EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO), por lo que cumplió 55 años de edad el mismo día y mes de 1996.

(iii) Que el señor JULIO ERNESTO ZAQUE CHALA laboró en su calidad de trabajador oficial al servicio del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE en el cargo de Celador por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 1978 y el 9 de diciembre de 1996, según se advierte del Certificado Electrónico de Tiempos Laborados – CETIL (PDF 17 – ALLEGA RESPUESTA).

d. De la pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985 y la fecha de reconocimiento:

Así las cosas, pertinente resulta poner de presente que para acceder a la pensión de que trata la Ley 33 de 1985, por ser una disposición normativa anterior a la Ley 100 de 1993, el actor debía ser beneficiario del régimen de transición.

Por tal razón, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que, para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

(i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
(ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo; es decir, para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Por otra parte, en atención del asunto *sub examine*, pertinente resulta indicar que si bien la Ley 100 de 1993 entró a regir a partir 1º de abril de 1994, al tenor de lo regulado en la misma disposición normativa, no ocurrió lo mismo

frente a los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital como el caso del aquí demandante, como quiera que para esta catalogación de empleados su vigencia lo sería a más tardar al 30 de junio de 1995. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1472-2023, Radicación No. 92317 del 28 de junio de 2023, trajo a colación la postura doctrinaria que se ha mantenido en el tiempo acerca de este precepto, en la que sostuvo:

> *"Para resolver sobre la condición de beneficiario del régimen de transición que alega el recurrente, es oportuno recordar que la Corte, desde la sentencia CSJ SL6708-2016, ha considerado que conforme el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social Integral desarrollado en ese elenco normativo entraría a regir desde su publicación.*
>
> *"No obstante, ha definido igualmente que de manera paralela, el legislador en la primera parte del artículo 151 de la mencionada Ley, estipuló puntualmente, que la entrada en vigencia del sistema general de pensiones ocurriría por regla general a partir del 1 de abril de 1994 y, en el parágrafo de esta preceptiva, consagró que para los servidores públicos de nivel territorial, comenzara a regir «a más tardar» el 30 de junio de 1995, o en su defecto, en la fecha anterior cuando así lo determinara la autoridad gubernamental correspondiente.*
>
> *"Al respecto la Corte ha adoctrinado que lo consignado en el parágrafo en cita, pone en evidencia la voluntad explícita del legislador, orientada a que el Sistema General de Pensiones no se aplicara a todos los sectores en la misma fecha, por el contrario, que tuviera una implementación de manera progresiva, gradual y escalonada, de manera que se permitiera a las autoridades gubernamentales, territoriales, poder fijar su vigencia, atendiendo diferentes factores, entre otros los fiscales, presupuestales, administrativos o de cobertura de prestaciones, sin que pudiera iniciar más allá del 30 de junio de 1995.*
>
> *"Así se ha expuesto desde la decisión CSJ SL, 19 dic. 2007, rad. 31203, reiterada en la sentencia CSJ SL6708-2016. En el primer pronunciamiento la Corte expresó:*
>
> *"Es así como el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993 señaló con total claridad que el sistema general de pensiones para los servidores públicos de los niveles departamental, municipal y distrital entraría a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determinara la respectiva autoridad gubernamental, lo que quiere decir que para este específico sector de servidores oficiales la ley facultó a las autoridades locales para que fijaran el momento a partir del cual*

empezaría a regir para sus trabajadores esta parte del régimen de seguridad social, con la salvedad que si no hacían tal señalamiento se entendería que su vigencia sería en la fecha atrás reseñada, sin que este segmento de la norma pueda entenderse, conforme lo insinúa la censura, como si la fijación de una fecha para la vigencia del sistema en general dejase sin ningún efecto el señalamiento que hace el parágrafo, pues la literalidad del texto en mención es de tal nitidez que permite deducir sin dificultad que se trata de situaciones que son reguladas de manera diferente y que una es la entrada en vigencia del sistema de pensiones para la generalidad de los trabajadores y otra, bien distinta, para los servidores de las entidades territoriales ya referidas.

"Lo anterior, fue ratificado en la sentencia CSJ SL2224-2019, así:

"Bajo el contexto que antecede, resulta procedente memorar que acorde a los lineamientos del Estatuto de Seguridad Social, expedido el 23 de diciembre de 1993, y tal como consta en el Diario Oficial 48148, publicado en esa misma fecha, en su artículo 289, de manera general, se previó que dicha ley regía a partir de su publicación, salvaguardaba los derechos adquiridos y derogaba todas las disposiciones que le fueran contrarias, en especial el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5º de la ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo, y demás normas que los modifiquen o adicionen, apartado último que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia CC C-529/1994.

"No obstante tal preceptiva, el artículo 151 del mismo compendio, definió que en lo relacionado con el sistema general de pensiones, este entraría a regir a partir del 1 de abril de 1994; sin embargo, en su parágrafo señaló la posibilidad de que para los servidores públicos de los distintos niveles territoriales, esto es departamental, municipal y distrital, esto aconteciera «a más tardar» el 30 de junio de 1995, o en la fecha en que lo determinara la autoridad gubernamental.

"Es decir, se avaló normativamente un traslado progresivo, cuya decisión recaía en las distintas autoridades, de los órdenes territoriales, pues como lo previó en su momento el artículo 2 del Decreto 691 de 1994, esto se realizaba «teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales», pero sin desconocer que bien podía entrar a operar antes del 30 de junio, para lo cual era determinante la decisión gubernamental y de que en estos eventos la Ley 100 de 1993, regularía las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes, según se desprende además de su artículo 3.

"En el mismo orden, el Decreto 1068 de 1995, recabó sobre tal situación «siempre que la entrada en vigencia del sistema no haya sido decretada con anterioridad por el gobernador o alcalde», de manera que, contrario

a lo que entendió el Tribunal, sobre el vigor de la ley, esta extendió su límite temporal hasta del 30 de junio de 1995. (Subrayado por la Sala).

"En este orden, la entrada en vigor del sistema general de pensiones para los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital fue reglamentada con el Decreto 691 de 1994 y se reiteró en el artículo 6 del Decreto 1068 de 1995, el cual consagra lo siguiente:

"Artículo 6º.- Régimen de transición. Los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital, que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos.

2Para efectos del cumplimiento de los requisitos de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el momento de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, será:

1. *La fecha en que entró a regir el sistema, determinada en el acto administrativo emitido por el respectivo gobernador o alcalde, o*

2. *El 30 de junio de 1995."*

Bajo este entendimiento, palmario resulta entonces que para el caso del demandante señor JULIO ERNESTO ZAQUE CHALA, al haber sido un trabajador del orden distrital al servicio del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE durante el periodo comprendido entre el 1º de julio de 1972 y el 9 de diciembre de 1996, la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 sucedió a partir del 30 de junio de 1995.

En tal sentido, no hay discusión del beneficio transicional que ostentaba el actor, ya que para la fecha 30 de junio de 1995 contaba con 53 años de edad en tanto nació el 23 de julio de 1941 y ostentaba 24 años de servicio al sector distrital como trabajador oficial comprendidos entre el 1º de julio de 1972 y el 9 de diciembre de 1996, aspectos todos por los que se analizará el derecho pensional bajo la égida de la Ley 33 de 1985, ello con la finalidad de determinar si resulta procedente el pago de las diferencias pensionales que persigue por encontrarse pensionado en la actualidad por parte de COLPENSIONES bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de idéntica anualidad.

Es por ello resultar necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 33 de 1985, el cual consagra:

> *"**ARTÍCULO 1.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*
>
> *"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones."*

Así las cosas, se tiene que el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 prescribe que el empleado oficial que demuestre que laboró por 20 años continuos o discontinuos y que llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75%, preceptos normativos que cumple el demandante como quiera que cumplió 55 años de edad el 23 de julio de 1996 ya que nació el mismo día y mes de 1941, así como que laboró como trabajador oficial en el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE entre el 1º de julio de 1978 y el 9 de diciembre de 1996, es decir, por espacio de 24 años.

En tal sentido, a pesar de que el señor JULIOI ERNESTO ZAQUE CHALA cumplió la edad pensional el 23 de julio de 1996, de conformidad con lo estatuido en el Decreto 758 de 1990, necesaria era su desafiliación del sistema; circunstancia por la cual, al haber laborado como trabajador oficial hasta el 9 de diciembre de 1996, conforme lo dispuso la *a-quo*, la prestación es de reconocimiento a partir del día siguientes, esto es, 10 de diciembre de 1996.

e. Del monto de la mesada pensional teniendo en cuenta el IBL a aplicar y los factores salariales a tener en cuenta:

Con relación al IBL, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, con estricta sujeción a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha considerado en forma reiterada, uniforme y pacífica, que el régimen de transición únicamente preservó 3 aspectos de la normatividad anterior como lo es la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, estando los demás aspectos de la prestación, tales como el ingreso base de liquidación, expresamente regulados por la Ley 100 de 1993, siendo trascendental en su explicación la sentencia SL646-2019.

No obstante, claro es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en regular que: *"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"*.

Al respecto, el órgano de cierre en decisión reciente y *relevante* como lo es la SL3206-2022, Radicación No. 80992 del 13 de julio de 2022, mencionó acerca de la imperiosa aplicabilidad del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la que sostuvo:

> *"Ha dicho la Sala que el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para proteger las expectativas legítimas de los ciudadanos, al punto que puede decidir qué dimensiones del régimen anterior desea conservar y cuáles someter al gobierno de la nueva ley (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33343). Tal es el caso de los beneficiarios del régimen de transición, a quienes el legislador mantuvo tres puntuales aspectos de la ley anterior -edad, tiempo de servicios o número de semanas y monto-, delegando todo lo demás a lo que al efecto dispusiera la Ley 100 de 1993, lo que incluye la forma de determinar el IBL.*
>
> ***"Con base en lo anterior, esta Sala ha señalado que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición se integra como lo establece la Ley 100 de 1993. Así, ha dicho que, si al afiliado le hacían falta menos de 10 años para estructurar la pensión, su IBL se establece conforme el inciso 3.º del artículo 36 de la citada ley, y si le hacía falta un tiempo igual o superior a los 10 años para causar la***

pensión, el IBL se determina conforme al artículo 21 de la misma ley (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33343, reiterada en CSJ SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, CSJ SL15602-2014, CSJ SL6476-2015, CSJ SL12998-2015, CSJ SL8563-2016, CSJ SL9808-2016, CSJ SL2510-2017, CSJ SL4093-2017, CSJ SL13184-2017 y CSJ SL2954-2021)."

Postura que se mantiene recientemente como es el hecho de las sentencias SL2369-2023, Radicación No. 81677 del 4 de octubre de 2023, SL2258-2023, Radicación No. 91575 del 28 de agosto de 2023, entre otras.

Bajo este entendimiento, como quiera que el señor JULIO ERNESTO ZAQUE CHALA a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que en su caso se itera lo fue a partir del 30 de junio de 1995, contaba con 53 años, 11 meses y 8 días, de allí que para el cumplimiento de los 55 años de edad que lo fue el 23 de julio de 1996, le hacía falta un año y 22 días, adicional a que su última fecha de cotización lo fue el 9 de diciembre de 1996, por lo que de conformidad con lo preceptuado en el inciso tercero del mentado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el IBL a tener en cuenta para calcular la pensión de Ley 33 de 1985 será el comprendido de lo devengado entre el *30 de junio de 1995 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el especialísimo caso del demandante) y el 9 de diciembre de 1996 (fecha de la última cotización en su calidad de trabajador oficial),* interregno que concierne a *un año, 5 meses y un día.*

Por otra parte, en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta en los términos de la Ley 33 de 1985, clara la sido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que deben tomarse en cuenta los dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, y que se comprenden en: *a) Los gastos de asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornal nocturna y g) La bonificación por servicios prestados*, así lo refirió la Corporación de cierre recientemente como es el caso de la sentencia SL2225-2023, Radicación 96233 del 22 de agosto de 2023, en la que señaló:

"En esa línea, respecto al ingreso base de liquidación, esta Sala, por mayoría, tiene adoctrinado que tratándose de las personas beneficiarias del artículo 36 ib, que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, se rige por lo previsto en el inciso 3º de esa disposición y para aquellas que les faltare 10 años o más para consolidar su derecho, como se determinó en el juicio anterior respecto del señor Gómez Ortiz, se liquida de acuerdo con el artículo 21 de la misma normativa (CSJ SL2510-2017 reiterada en la CSJ SL2575-2021).

"Esta preceptiva indica cómo se calcula el IBL, disponiendo que se toma «el promedio del ingreso base de cotización» (IBC) y este, para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

"Además, mediante el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, aquél determinó los factores que integran el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados a él y en el artículo 1° están los siguientes:

a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
g) La bonificación por servicios prestados;

"Como resultado de una interpretación sistemática, de cara a las pensiones a reconocer por régimen de transición, por lo que estos son los factores para tener en cuenta cuando se trata de calcular el IBL como referente para definir la mesada pensional (CSJ SL2445-2019)."

En tal sentido, efectuadas las operaciones correspondientes, encuentra la Sala que la primera mesada pensional del aquí demandante señor JULIO ERNESTO ZAQUE CHALA al 10 de diciembre de 1996, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación por el periodo comprendido entre el *30 de junio de 1995 y el 9 de diciembre de 1996* según los preceptos del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta los factores salariales certificados en el proceso (fls. 186 y 187 archivo01 expediente digital) en los precisos términos del Decreto 1158 de 1994 asciende a la suma de $209.150,50, conforme se expone a continuación:

Promedio Salarial Anual							
Año 1995							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
30/06/95	**30/06/95**	1	209.462,70	6.982,09	$ 6.982,09		
01/07/95	**31/07/95**	30	504.068,98	16.802,30	$ 504.068,98		
01/08/95	**31/08/95**	30	209.462,70	6.982,09	$ 209.462,70		
01/09/95	**30/09/95**	30	532.976,73	17.765,89	$ 532.976,73		
01/10/95	**31/10/95**	30	327.147,25	10.904,91	$ 327.147,25		
01/11/95	**30/11/95**	30	358.740,40	11.958,01	$ 358.740,40		
01/12/95	**31/12/95**	30	349.262,47	11.642,08	$ 349.262,47		
Total días		181			$ 2.288.640,62	$ 12.644,42	**$ 379.332,70**
Año 1996							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/96	**31/01/96**	30	186.489,80	6.216,33	$ 186.489,80		
01/02/96	**28/02/96**	30	168.955,01	5.631,83	$ 168.955,01		
01/03/96	**31/03/96**	30	123.353,61	4.111,79	$ 123.353,61		
01/04/96	**30/04/96**	30	135.442,00	4.514,73	$ 135.442,00		
01/05/96	**31/05/96**	30	198.187,00	6.606,23	$ 198.187,00		
01/06/96	**30/06/96**	30	198.208,00	6.606,93	$ 198.208,00		
01/07/96	**31/07/96**	30	207.835,00	6.927,83	$ 207.835,00		
01/08/96	**31/08/96**	30	202.173,00	6.739,10	$ 202.173,00		
01/09/96	**30/09/96**	30	215.386,00	7.179,53	$ 215.386,00		
01/10/96	**31/10/96**	30	199.812,00	6.660,40	$ 199.812,00		
01/11/96	**30/11/96**	30	195.377,00	6.512,57	$ 195.377,00		
01/12/96	**09/12/96**	9	228.846,00	7.628,20	$ 68.653,80		
Total días		339			$ 2.099.872,22	$ 6.194,31	**$ 185.829,40**

Cálculo Tiempo Que le Hiciere Falta							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1995	181	18,250	21,80	1,195	$ 379.332,70	$ 453.120,70	$ 2.733.828,25
1996	339	21,800	21,80	1,000	$ 185.829,40	$ 185.829,40	$ 2.099.872,22
Total días	**520**	**Total devengado actualizado a:**				**1996**	**$ 4.833.700,47**
Total semanas	**74,29**	**Ingreso Base Liquidación**					**$ 278.867,33**

Total Años	*1,44*	*Porcentaje aplicado*	*75%*
		Primera mesada	*$ 209.150,50*
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 1996	*$ 142.125,00*

Ahora bien, la mesada pensional en los términos de la Ley 33 de 1985 al año 1996 asciende a la suma de $209.150, la cual actualizada al año 2002 arroja un monto de **$446.744**, en los siguientes términos:

Significa lo anterior, que el monto de la pensión de Ley 33 de 1985 en cuantía de **$446.744** para el año 2002, resulta inferior al reconocido al actor en la misma anualidad por el extinto ISS en los términos del Decreto 758 de 1990 a través de la Resolución No. 014316 del 27 de junio de 2002, donde se dispuso una cuantía de $891.314; circunstancia por la cual, puede colegir la Sala que contrario a lo expuesto por la *a-quo*, al demandante no le asiste derecho al reajuste deprecado.

Así las cosas, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar absolver de todas las pretensiones. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **13 2020 00481 01**
Demandante:	JUANA LIBRADA CAUSIL DURANTE
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2023 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora JUANA LIBRADA CAUSIL DURANTE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado que realizó del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., al igual que la posterior afiliación a PROTECCIÓN S.A. por omisión del fondo de su deber de información, a su vez, se declare que debe estar afiliado en el régimen de prima media con prestación

definida, que cuenta con más 1500 semanas cotizadas en pensiones y que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en ese régimen.

En consecuencia, pretende se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 11 de julio de 2016, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 junto con la indexación siempre que no se incompatible con los intereses moratorios, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 9 de noviembre de 1987, en donde alcanzó un cúmulo de 332,29 semanas y que se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del mes de abril de 1994 a través COLFONDOS S.A. coadyuvada por su empleador el cual pertenecía al mismo grupo económico. Igualmente, refirió que en el año 2002 y ante maniobras de desinformación, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., pues le ofrecía mejor rentabilidad, fondo en el cual se encuentra actualmente afiliada.

Continuó exponiendo que COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a través de sus asesores no le proporcionaron información veraz, completa y comprensible acerca de su traslado y mucho menos de las consecuencias adversas y desfavorables que conllevaba dicho traslado, las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, incumpliendo así con su deber de buen consejo. Tampoco le hicieron saber que su mesada en el fondo privado sería inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, no le elaboró una proyección pensional, únicamente atinaron a decirle que no se podría pensionar en el ISS, ya que sería liquidado, y tampoco le informaron sobre la posibilidad de retornar al régimen de prima media antes de estar a diez años de la edad de pensión.

De otro lado, refirió que cuenta con más de 1.500 semanas de cotización al sistema pensional y que el 11 de julio de 2016 cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y agotó la reclamación administrativa mediante derecho de petición de fecha 15 de octubre de 2020, ante lo cual COLPENSIONES negó la solicitud de traslado. (archivos 03 y 09).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el traslado de régimen de la gestora se realizó de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que el fondo privado la asesoro en su decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida administrado, luego, su afiliación es completamente válida.

Formuló como medios exceptivos de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (archivo 11).

COLFONDOS S.A. al contestar se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, arguyendo que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el que administra su elección. Además, los asesores de ese fondo le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal y de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (archivo 20)

En audiencia llevada a cabo el 24 de agosto de 2023, en la etapa de saneamiento se tuvo por no contestada la demanda a PROTECCIÓN S.A.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de agosto de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante Juana Librada Causil a la AFP COLFONDOS S.A, el 28 de abril de 1994 y con fecha de efectividad el 1 de mayo de ese mismo año, y de contera el efectuado ante la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 28 de noviembre de 2001, por las razones antes expuestas.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que cada una tenga en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.*
>
> *CUARTO: DECLARAR que la demandante es beneficiaria de la pensión de vejez con fecha de causación el 11 de julio de 2016, conforme lo antes visto.*
>
> *QUINTO: DECLARAR como fecha de disfrute de la pensión de vejez el 1 de diciembre de 2021, en cuantía inicial de $5.000.882 de pesos mensuales, por lo antes expuesto.*
>
> *SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo causado desde el 1 de diciembre de 2021 y que, hasta la mesada de agosto de 2023, suma $126.466.244,56 sobre 13 mesadas pensionales y que deberá ser pagado debidamente indexado.*
>
> *SÉPTIMO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas.*
>
> *OCTAVO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de buena fe y NO PROBADAS las demás excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión.*
>
> *NOVENO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A. en favor del demandante incluyéndose como agencias en derecho, la suma de un millón doscientos mil pesos (1`200.000).*
>
> *DECIMO: Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, en los términos del artículo 69 del C.P.T. y S.S., remitir el expediente a la Sala laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor.*
>
> *UNDECIMO: Por secretaría, previo a remitir el expediente a la Sala laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, remítase copia de la sentencia a la*

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021 y dejar constancia de ello en el expediente."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia memoró que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del sistema general de pensiones consagrando que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, aceptando con ello las condiciones propias de éste, y previéndose además en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 las sanciones para quien vulnere lo anterior.

Destacó que de acuerdo a la jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, COLFONDOS S.A. al efectuar el traslado del RPM al RAIS, no probó el cumplimiento de su deber de brindar a la afiliada la información necesaria y trasparente que se requería, el cual existe desde la génesis de las AFP, sin que sea excusa la época para la cual ésta se trasladó, el cual no se subsana con los traslados posteriores, lo que conlleva a declarar la ineficacia del traslado de régimen que efectuó la demandante con el consecuente retorno de los emolumentos que obran en la cuenta individual de ahorro de la gestora hacía COLPENSIONES, asimismo, declaró no probada la excepción de prescripción.

Frente a la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez, refirió la Juez de primer grado que la actora había cumplido la edad de 57 años el 11 de julio de 2016. Sobre la fecha de disfrute de la prestación expuso que aunque no se reporta novedad de retiro, no obra prueba de que ésta continuó laborando con posterioridad al 30 de noviembre de 2021, por lo que tomó como fecha de disfrute el 1º de diciembre de 2021, obteniendo una mesada de $5.000.882 que obtuvo del IBL de los últimos 10 años al que aplico una tasa de reemplazo de 73.05%, concluyendo que no había prescripción de mesadas al haberse elevado reclamación el 15 de octubre de 2020.

Igualmente, ordenó el pago de un retroactivo por concepto de mesadas pensionales del 1º de diciembre de 2021 al mes agosto de 2023 de

$126.466.244,56, suma de la cual autorizó los descuentos a salud y la cual debe ser indexada al pago. De la misma forma, absolvió a la demandada COLPENSIONES del pago de intereses moratorios por no existir un actuar de mala fe o negligente frente al reconocimiento pensional, dado que la actora no estaba afiliada a ese fondo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada COLFONDOS la apeló. Al respecto, solicita se revoque la condena consistente en retornar al régimen de prima media los gastos de administración, ya que tales rubros se descuentan por disposición legal y tienen una destinación específica, como lo es garantizar la defensa judicial del fondo, la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia en virtud de los cuales la actora sigue amparada por lo riesgo de invalidez y muerte hasta la ejecutoria del fallo, es decir, que la contratación y pago de las pólizas previsionales cumplieron y siguen cumpliendo su especifica destinación.

A su vez, refirió que la rentabilidad que genera es superior a la genera COLPENSIONES, por lo que ordenar la devolución de los gastos de administración generaría un enriquecimiento injustificado al fondo receptor de los aportes, máxime cuando ni los gastos de administración, ni el porcentaje destinado a la contratación y pago de pólizas previsionales, financian la pensión de vejez en el régimen de prima media, además se trata de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley, encontrándose prescritos los que no se reclamaron dentro de los tres años siguientes a su causación.

A su vez, refirió que tales recursos no están en su poder y en la etapa de fijación de litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder en terceros, que no fueron vinculados al proceso, de modo que se viola su derecho de defensa y contradicción al paso de que dichas garantías también le serian desconocidas.

Por último, expuso que no es posible que se ordene la indexación de los conceptos que se ordenan devolver al régimen de prima media a razón de que

los rendimientos que generó son superiores a los que hubiese podido generar el ISS o COLPENSIONES si la actora nunca se hubiese trasladado, quedando más que satisfechos en ese sentido.

COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado, arguyendo que el traslado de régimen realizado por la actora en 1994 y el posterior traslado horizontal en 2002 deben presumirse validados, puesto que no se demostró por activa la falta al deber de información por parte de las administradoras de pensiones del RAIS, al contrario la demandante ha permanecido por casi treinta años en ese régimen por voluntad propia sin ejercer acción tendiente de volver al RPMD en el tiempo que le era legamente permitido, así como tampoco se evidencia que haya indagado sobre la pertinencia, ventajas o desventajas de encontrase vinculada al RAIS.

Agregó que cuando la demandante solicitó el retorno al régimen de prima media ya estaba inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen, y tampoco es beneficiaria del régimen de transición, de manera que, según las sentencias de la Corte Constitucional nadie puede ser subsidiado a costas de los recursos ahorrado de manera obligatoria dado que el régimen solidario de prima media se descapitalizaría a razón de la declaratoria de ineficacia del traslado, lo que pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados y la sostenibilidad del sistema.

Sobre el reconocimiento pensional dijo que no es procedente por cuanto la ineficacia del traslado no se demostró, no obstante, en caso de encontrase que a la demandante le asiste el derecho a la ineficacia, solicita se revisen los montos de las condenas impuesta con ocasión al referido reconocimiento pensional de vejez.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante, en caso positivo, si proceden las demás pretensiones que eleva en el *petitum*.

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone

el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la*

regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso brilla por su ausencia el formulario de afiliación mediante el cual se trasladó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 28 de abril de 1994, ya que solo se aportó el formulario de afiliación a ING hoy PROTECCION el 28 de noviembre de 2001, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de mayo de 1994 y 1 de enero de 2002, según el reporte SIAFP. (folios 25 y 26 archivo 12).

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

Por otra parte, la demandante JUANA LIBRADA CAUSIL DURANTE en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que estando al servicio de COLSEGUROS S.A. les dijeron que tenían que trasladarse de fondo ya que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, sin que recuerde haber firmado ningún documento, enfatizando que solo le dijeron que allí se podía pensionar y que en ese momento no estaba presente un asesor del fondo. Relató que cuando fue a preguntar por su pensión le dijeron en el fondo privado que ascendería al salario mínimo, agregando que su traslado a ING hoy PROTECCIÓN se dio por cuanto ingresó a la laborar a otra empresa y ese era el fondo que manejaban.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda

		emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas*

es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

> *"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados"* (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar y adicionar el numeral segundo de la sentencia de primera grado, en el sentido de precisar que las demandadas COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A., además de las sumas allí indicadas, deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados por el tiempo en que ha permanecido la actora en cada uno de esos fondos, es decir, sin importar están o no en la actualidad en su poder tales emolumentos, pues igualmente deben retornarlos a COLPENSIONES.

Igualmente, se condenan a lo mencionados fondos privados a devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a las primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez debidamente indexados por el tiempo en que estuvo en cada uno de esos fondos. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado sobre este puntual aspecto.

d. De la pensión de vejez:

Adicional a la declaratoria de ineficacia, solicita la demandante se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, advirtiéndose al respecto, que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba solo con 34 años y 53.83 semanas, es decir, menos de 15 años de servicios (f. 1 archivo 04 y f. 307 a 310 archivo 11).

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

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

De esta forma, palmario resulta entonces que la demandante nació el 11 de julio de 1959 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía (f. 1 archivo 04), por lo que cumplió 57 años de edad el 11 de julio de 2016, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

Ahora, si bien la Juez de primer grado determinó que la actora contaba a noviembre de 2021 con 1651 semanas, no puede obviarse que al examinarse las historias laborales que allegaron la actora y la demandada PROTECCIÓN S.A. y que fueran expedidas por esta última el 9 de febrero de 2020 y el 15 de diciembre de 2021, respectivamente; se evidencia que en la primera se reportan 332.29 semanas a otro régimen, 371.86 a otros fondos de pensión y 846.14 a PROTECCIÓN, lo que arroja un total de 1550.29 semanas cotizadas entre noviembre de 1987 y diciembre de 2019. Entre tanto, en la segunda historia laboral, es decir, la que aportó PROTECCIÓN se reportan 0.14 semanas a otro régimen, 424.86 semanas a otros fondos y 944.71 semanas, esto es, un

total de 1369.71 semanas cotizadas entre noviembre de 1987 a noviembre de 2021. (f. 15 a 32 archivo 04 y 28 a 43 archivo 12)

En esa medida, si bien se evidencian inconsistencias en las historias laborales pues al parecer en la segunda no se toma en cuenta todo el tiempo cotizado en otro régimen, lo cierto es, que ambas acreditan más de 1300 semanas de cotizaciones, de modo que, si en gracia de discusión se tomara la última historia laboral que se expidió el 15 de diciembre de 2021, que arroja 1369.71 semanas a noviembre de 2021, se encuentran cumplidos los requisitos de edad y semanas cotizadas exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por lo menos a julio de 2020.

Dicho esto, se observa que la falladora de primer grado determinó como fecha del disfrute de la prestación el 1º de diciembre de 2021, arguyendo que, pese a que no se reportaba novedad de retiro, tampoco se probó que la activa haya seguido cotizando con posterioridad a esa fecha.

No obstante, la Sala encuentra que de acuerdo a la historia laboral expedida el 15 de diciembre de 2021 por PROTECCIÓN, la última cotización de la actora data de noviembre de 2021, en la que en efecto no se reporta novedad de retiro, aspecto que tampoco se puede colegir del reporte que allegó la demandante, pues ese detalle solo cuenta con cotizaciones a diciembre de 2019.

Por ende, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad y de las demás pruebas obrantes en el expediente, no es posible inferir con total certeza que la actora ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social de Pensiones, contrario a lo concluido por la Juez de instancia, pues nótese que incluso el apoderado de la parte actora en los alegatos de conclusión dijo que a la gestora le habían terminado su contrato de trabajo en junio de 2023, de lo cual tampoco se allega prueba; empero, permite inferir que posiblemente con posterioridad al 1º de diciembre de 2021 siguió cotizando.

En consonancia con lo anterior, la prestación queda supeditada a que se cumpla con este requisito, es decir, el retiro efectivo del sistema; por lo que no procede el reconocimiento de la pensión desde la fecha en que acreditaron los requisitos que dan lugar a su causación como se reclamó en la demanda. Igualmente, cabe precisar que el monto de la mesada pensional deberá determinarse con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable a la afiliada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, más la indexación de las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, de ser viable su aplicación. En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia.

En otro giro, debe indicarse que a la fecha no ha operado el fenómeno prescriptivo frente a las mesadas que se pudiesen haber causado, en atención a que la prestación está supeditada al retiro del sistema. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y COLFONDOS.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2023 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las demandadas COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., además de las sumas allí indicadas, deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados por el tiempo en que haya permanecido la actora en cada uno de esos fondos, es decir, sin importar si están o no en la actualidad en su poder esos conceptos.

Igualmente, se condena a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a las primas de seguros previsionales de

sobrevivencia e invalidez debidamente indexados por el tiempo en que estuvo en cada uno de esos fondos la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia de primer grado que declaró que la demandante es beneficiaria de la pensión de vejez con fecha de causación el 11 de julio de 2016.

Para en su lugar, DECLARAR que es beneficiaria de la pensión de vejez, la cual deberá reconocerse y pagarse desde que se acredite el retiro efectivo del sistema general de pensiones, prestación que debe liquidarse conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión y a su vez deberán indexarse las mesadas que se reconozcan de ser viable la aplicación de tal efecto, según lo explicado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: REVOCAR los numerales quinto y sexto de la sentencia de instancia, que declaró que el disfrute de la pensión de vejez es a partir del 1 de diciembre de 2021 en suma inicial de $5.000.882 y que ordenó el pago de retroactivo y su indexación, por las razones ya expuestas.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **15 2019 00596 01**
Demandante:	BLANCA ALICIA LOPEZ DE MARTINEZ
Demandado:	COLPENSIONES
Tercera *Ad excludendum*:	YOLANDA RODRIGUEZ CAMARGO
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

La abogada MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA allegó solicitud de renuncia de poder en los términos del artículo 76 del C.G.P. En tal sentido, confrontado minuciosamente el escrito de referencia, se observa que dicha renuncia no se comunicó por parte de la profesional del derecho a la entidad, lo que va en contravía del inciso 5 del artículo 76 del C.G.P., de allí que su solicitud se NIEGUE.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, en favor COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BLANCA ALICIA LOPEZ DE MARTINEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de que se le declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de su cónyuge CARLOS JULIO MARTÍNEZ (q.e.p.d.), así mismo que no le asiste derecho

a la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO, y que se deje una reserva frente al eventual derecho que le pudiere corresponder a la hija del causante YENNY MARTÍNEZ LÓPEZ, ante una eventual declaración de interdicción. Por lo anterior, solicita se condene al pago de las mesadas causadas desde el 26 de enero de 2019, la indexación, los intereses moratorios, y lo que se encuentre probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que el causante CARLOS JULIO MARTÍNEZ (q.e.p.d.), falleció el 26 de enero de 2019 en la ciudad de Cúcuta, a quien en vida se le reconoció una pensión de vejez, mediante Resolución No. 014006 del 27 de junio de 2002, otorgada por el ISS; refiere que el 27 de febrero de 2019 deprecó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la que fue denegada en Resolución SUB-126876 del 22 de mayo de 2019; en igual sentido, el 20 de febrero de 2019 la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO solicitó el reconocimiento de la prestación económica.

Que para efectos de negar la pensión, la entidad demandada adujo que tras estudios de campo, no se logró determinar los extremos de la convivencia; de igual manera, que se interpuso recurso de reposición, no obstante se confirmó dicha determinación; refiere que la convivencia perduró entre el 6 de junio de 1967 y el 26 de enero de 2019, por espacio de 51 años, y si bien el causante por asuntos de negocios, se trasladaba a la ciudad de Cúcuta, dicha situación no afectó la relación matrimonial, así como se relación de padre con su hija que presenta una situación de discapacidad, YENNY MARTÍNEZ LÓPEZ, quien padece de retraso mental grave con deterioro del comportamiento de grado no especificado, por lo que se interpuso una demanda de interdicción por discapacidad mental absoluta.

Finalmente, señala que en la unión matrimonial procrearon a sus hijos CLAUDIA PATRICIA, JHON FREDY, MARCELA y YENNY MARTÍNEZ LÓPEZ

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que, además de la demandante, BLANCA

ALICIA LOPEZ DE MARTINEZ, también compareció a solicitar el reconocimiento pensional la señora YOLANDA RODRIGUEZ, sin que pudiese determinar a quién le corresponde el derecho.

Formuló como excepción previa la de falta de integración de litisconsorcio necesario, y las de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad y la innominada o genérica.

En la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se profirió auto mediante el cual se dispuso acumular el proceso ordinario laboral No. 2020-00075, adelantado en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, adelantado por la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO.

1.4 DEMANDA DE YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO:

La señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del causante CARLOS JULIO MARTINEZ (q.e.p.d.), quien era casado y al momento de su muerte tenía más de nueve (9) años de separado de la señora BLANCA ALICIA LOPEZ DE MARTINEZ.

1.5 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento adujo la señora YOLANDA RODRIGUEZ CAMARGO, adujo que conoció al causante el 11 de noviembre del año 2008, formalizando una convivencia de manera ininterrumpida, en unión marital de hecho por un periodo de tiempo de 9 años y 16 días, comprendidos entre el 10 de enero de 2010 y el 26 de enero del año 2019, cuando falleció el causante, tal como lo reconoce COLPENSIONES en la Resolución SUB126876 del 22 de mayo del 2019 y la declaración de los testigos.

Que dependía económicamente del causante y se encuentra incapacitada para trabajar debido a su avanzada edad y al padecer de artrosis degenerativa; que no procrearon hijos; refiere que cuando conoció al causante, le menciono estar casado con la señora BLANCA ALICIA LOPEZ DE MARTINEZ, con quien no

convivía desde hacía muchos años, y con quien había procreado cuatro hijos, entre ellos a YENNY MARTINEZ LOPEZ, quien supuestamente padece de una discapacidad.

Finalmente, que tal como lo confirma la investigación que adelantó la entidad accionada, la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO convivio hasta el momento de la muerte del causante en unión marital de hecho.

1.6 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La señora BLANCA ALICIA LOPEZ DE MARTINEZ contestó la demanda señalando que para las fechas en que menciona la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO, ella se encontraba conviviendo con el causante al unirlos el vínculo matrimonial, lo cual perduró hasta el fallecimiento. Además, la demandante según información del RUAF, se encuentra registrada como cabeza de familia y en el sistema de salud se encuentra afiliada en el régimen subsidiado, lo cual desvirtúa la supuesta dependencia con el causante.

Propuso como excepciones las de falta de competencia, pleito pendiente, e inexistencia de legitimación en la causa e interés para obrar.

COLPENSIONES contestó la demanda señalando que en la Resolución No. SUB 1268 de 2019 se mencionan las resultas de la investigación de campo, las que solo dejaron incertidumbre de quién o quiénes eran las reales beneficiarias del causante, por lo que no se concedió el derecho pensional a ninguna de las peticionarias.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, pago, buena fe y la innominada o genérica.

1.7 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE YENNY MARTÍNEZ LÓPEZ:

La señora YENNY MARTÍNEZ LOPEZ, hija del causante, contestó las demandas por conducto de *curadora provisora*, señalando a la fecha del fallecimiento del

su padre, él convivía con su madre señora BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ, en tanto contrajeron nupcias el 6 de junio de 1967, el cual perduró durante 50 años, 6 meses y 20 días, siendo así su madre beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, así como ella en calidad de hija al ostentar un PCL del 80% con fecha de estructuración desde el nacimiento.

Respecto de la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO, señala que no es cierto que haya ostentado la condición de compañera permanente, en tanto su padre viajaba a la ciudad de Cúcuta por cuestión de negocios.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de marzo de 2023 condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago, como en efecto ya lo hizo por vía administrativa, de la pensión de sobrevivientes del señor CARLOS JULIO MARTÍNEZ (q.e.p.d.) a favor de su hija discapacitada YENNY MARTINEZ LOPEZ en un valor que corresponderá a un 50% de la mesada pensional, es decir el valor de $477.108 que se pagara desde el día 26 de enero del año 2019; así mismo al reconocimiento a favor de la cónyuge señora BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ en un porcentaje del 41% y que corresponde a un valor de $391.228, y a la compañera permanente señora YOLANDA RODRIGUEZ CAMARGO en un porcentaje que corresponderá al 9%, que corresponde al valor de $85.879, montos que debe pagar debidamente indexados desde el día 26 de enero del año 2019; autorizó el descuento del retroactivo y autorizó el descuento de aportes pensionales.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* adujo inicialmente que resultan aplicables al presente evento, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 en 2003; así las cosas, refirió respecto de la hija del causante YENNY MARTÍNEZ LÓPEZ, que mediante Resolución SUB 193761 del 16 de septiembre del año 2020, le fue reconocida la pensión ante el deceso del causante, al acreditar el requisito de la dependencia económica así como ostentar una condición de discapacidad.

Respecto de la demandante BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ, estimó que, al ostentar la calidad de cónyuge supérstite, la convivencia durante el período

mínimo de 5 años, puede ser acreditado en cualquier tiempo; de tal manera que aportó el Registro Civil de Matrimonio del 2 de julio del año 1967, sin que contenga nota de divorcio o disolución de la comunidad conyugal; aunado a ello la propia demandante confesó que la convivencia operó desde el matrimonio hasta el 25 de julio de año 2010.

En igual sentido, con posterioridad a dicha calenda, se acredita la convivencia con la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO, tal como lo refirió la prueba testimonial. Así las cosas, en atención al tiempo de convivencia, les corresponde el 41% y el 9%, respectivamente.

En lo atinente a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señaló que la entidad de previsión se vio impelida a abstenerse de hacer el reconocimiento por vía administrativa hasta que se defina judicialmente el derecho a la pensión de sobrevivientes, por ende, no se configuró mora o retraso en el reconocimiento y pago de la prestación, así las cosas, dispuso la indexación de las sumas adeudadas. Finalmente, señaló que no prescribieron las mesadas pensionales.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Al no haberse formulado recurso de apelación, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de COLPENSIONES, tal como lo consagra el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a las señoras BLANCA ALICIA

LÓPEZ DE MARTÍNEZ y YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO, con ocasión al fallecimiento del causante CARLOS JULIO MARTÍNEZ (q.e.p.d.).

c. De la calidad del pensionado

Previo a abordar el fundamento del *sub-examine*, debe puntualizar la Sala en primer lugar que al causante señor CARLOS JULIO MARTÍNEZ (q.e.p.d.), le fue reconocida la pensión de invalidez mediante Resolución No. 014006 de 2012, en cuantía inicial de $411.533.

Tampoco el hecho que la demandada a través de la Resolución No. SUB 12876 del 22 de mayo de 2019, negó el derecho pensional perseguido por las señoras BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ y YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO, bajo el argumento de no haberse acreditado la veracidad del contenido de la solicitud (fls. 25 a 31 archivo digital 01ExpedienteDigitalizadoFolio1a96.pdf), lo cual fue confirmado mediante Resolución No. PDE 5912 del 15 de julio de 2019 (fls. 46 a 58 archivo digital 01ExpedienteDigitalizadoFolio1a96.pdf)

De igual manera, la Sala se abstendrá de analizar lo atinente al reconocimiento de la pensión en beneficio de la hija del causante, señora YENNY MARTÍNEZ LÓPEZ, en tanto la entidad en sede administrativa encontró acreditados los requisitos, y expidió la Resolución No. SUB 197761 del 16 de septiembre de 2020, mediante la cual reconoció la pensión de sobrevivientes; de tal manera, que la convalidación del *a-quo* no implica un fallo que resulte perjudicial para los intereses de COLPENSIONES.

d. De la pensión de sobrevivientes

Así las cosas, se advierte que conforme a lo ha adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, por lo tanto, en virtud a que el fallecimiento del causante señor CARLOS JULIO MARTÍNEZ (q.e.p.d.) se dio el 26 de enero de 2019, tal como da cuenta la copia del Registro Civil de Defunción (fl. 22 archivo digital 00.expedientedigital540013105004-2020-00075-00.pdf), la normatividad aplicable para el presente caso será la

referente a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, resulta imperioso traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca".*

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

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

Dicha normativa dispone que son beneficiarios de la pensión de forma vitalicia, la cónyuge o compañera permanente del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

> *"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los*

años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

"Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida".

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la *cónyuge*, el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además, no se hace necesario acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

"Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:

"Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante. "[…]

"Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

"Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24

en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).”

Contrario a ello, en el caso de la *compañera permanente*, esta debe acreditar los cinco (5) años de convivencia inmediatamente anteriores a la fecha del deceso del pensionado, tal como lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

“Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).”

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral ha sido pacífica en su jurisprudencia en sentencias como SL1399 del 2018, SL5141 del 2019, SL1869 del 2020, SL3938 del 2020 y SL3377 de 2021, que la existencia de figuras tales como la separación de cuerpos o liquidación de sociedad conyugal, no conlleva *per se* a la negación del derecho prestacional de sobrevivencia a la cónyuge supérstite, lo anterior, en consideración a que las mismas no extinguen el vínculo matrimonial, siendo indicado en sentencia SL1399 del 2018 Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 lo siguiente:

(…) En efecto, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, esta Sala planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo.

(…) Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo

tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

(…) a diferencia del contrato matrimonial, el cual incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Por lo tanto, el primero de los conceptos posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo alude a una sociedad patrimonial o de bienes. Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar.

Y recientemente, en sentencia SL2560-2023, Radicación No. 89142 del 4 de octubre de 2023, señaló:

"Ahora bien, esta Sala estableció unas excepciones a la mencionada regla general de convivencia, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, reiterada en CSJ SL3813-2020 se estimó que aun cuando la pareja no pueda permanecer en un mismo lugar por razones de trabajo, salud, fuerza mayor o por cualquier motivo ajeno a su voluntad, ello no conlleva inexorablemente a que desaparezca la comunidad de vida.

"Además, dijo la Corporación que la vivencia común se mantiene «si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio» (CSJ SL3813-2020).

"De manera que la jurisprudencia laboral ha concluido que la cohabitación debe ser evaluada de acuerdo con las particularidades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los cuales, cónyuges o compañeros no residan bajo el mismo techo; pero subsistan aspectos que indiquen en forma inequívoca que la relación afectiva permanece (CSJ SL3202-2015).

e. Del caso en concreto

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto *sub examine*, debe precisar la Sala que se estudiara inicialmente lo atinente a la señora BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ, para lo cual debe tenerse en cuenta que se acreditó el ostentar la condición de *cónyuge supérstite,* toda vez

que así se extrae del Registro Civil de Matrimonio del 2 de julio de 1967 (fl. 65 archivo digital 01ExpedienteDigitalizadoFolio1a96.pdf).

De otra parte, en lo atinente a la convivencia se debe señalar que la prueba testimonial rendida por la señora GLADYS ELVIRA GONZALEZ, fue conteste en señalar que conoció a la pareja hace 30 años, constándole por la amistad que mantiene con la accionante, que ostentaban una relación de pareja. Así mismo, que el causante viajaba a la ciudad de Cúcuta, lo cual refiere era por aspectos de negocios, al desempeñarse como conductor. Así mismo, que lo observó por última vez, siete meses antes del deceso. Igualmente da cuenta que el causante falleció en la ciudad de Cúcuta.

En igual sentido, el señor PEDRO JULIO ANDRADE refirió conocer a la demandante hace aproximadamente 15 años, por vecindad; señaló que el causante se desempeñaba como conductor; aseveró que la señora BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ era la cónyuge y mantenía unan relación de pareja. Aseveró no constarle si el causante mantenía otra relación, y que viajaba frecuentemente a Cúcuta para adquirir mercancías.

Finalmente, la señora CARMEN CÁRDENAS MARTÍNEZ aseveró constarle que hacía vida de pareja durante más de 30 años, sin constarle que haya existido separación alguna. Así mismo, relato que se frecuentaban de manera constante, motivo por el cual le constan los hechos narrados. Asevera que el causante falleció de un paro cardiaco en la ciudad de Cúcuta, sin haber escuchado que tuviese otra pareja o relación sentimental.

Ahora bien, no debe soslayarse que, si bien los testigos dieron plena cuenta de la convivencia, la propia demandante BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ al absolver el interrogatorio de parte afirmó que el actor aproximadamente ocho años antes del deceso, viajaba y permanecía en la ciudad de Cúcuta, tiempo durante el cual mantenían contacto y regresaba cada mes o dos meses a esta ciudad a visitarla. Así mismo, que tenía un vehículo y lo vendió para realizar negocios, manifestando que "*nunca le puse cuidado porque yo por estar pendiente también de la niña especial, el venía y volvía, a lo último más o menos como 7 o 8 meses dejó de venir, pero no dejó de llamarnos".* En igual sentido,

refirió haberse enterado que el causante mantenía otra relación sentimental en la ciudad de Cúcuta.

Así las cosas, estima la Sala que le asistió razón al *a-quo* al encontrar acreditado el requisito de la convivencia, así como al estimar que la accionante dio cuenta que aproximadamente ocho años antes del deceso, el causante se radicó en mayor medida en la ciudad de Cúcuta, en donde mantenía otra relación sentimental, lo cual permite inferir que la convivencia con la señora BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ no operó hasta la fecha del deceso, lo cual, no obstante, en manera alguna trunca el derecho pensional, en tanto como se refirió en precedencia, la convivencia en el evento de *cónyuge supérstite* puede acreditarse en cualquier época, siendo además que en el presente evento se supera con creces el término mínimo de cinco (5) años.

Ahora bien, respecto de la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO, se tiene que aduce haber ostentado la calidad de *compañera permanente*, motivo por el cual debe acreditar una convivencia de al menos cinco (5) años con anterioridad al deceso del causante.

En ese orden de ideas, se practicó el testimonio de la señora YOLANDA TERESA CONTRERAS, refirió ser amiga de la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO, así como ser propietaria de una tienda en donde la pareja adquiría enseres; así mismo que por dicha situación le consta que la señora RODRÍGUEZ CARMARGO mantuvo una relación con el causante, con quien convivió desde finales del año 2008, aproximadamente, refiriendo no tener claridad en cuanto a fechas; de igual manera, da cuenta que el causante viajaba con frecuencia, sin constarle si era a la ciudad de Bogotá, no obstante, permanecía en mayor medida en la ciudad de Cúcuta. Refirió además haber fallecido de un paro cardiaco en la casa de habitación que compartía con la señora YOLANDA TERESA CONTRERAS. Finalmente, que había escuchado que el causante tenía una cónyuge, con quien no convivía hace muchos años.

Por su parte, el señor JOSE ALEJANDRO CALDERÓN señaló ser vecino de la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO, así como que le consta la relación que mantenía con el causante desde el año 2008 o 2009 aproximadamente, conviviendo hasta el deceso. Así mismo, que vivieron en el barrio

Panamericano, no tuvieron hijos, dedicándose el causante a acarreos, falleciendo el causante de un infarto que acaeció en la casa de habitación. No le consta que haya tenido otra pareja, y que asistió a las exequias mas no al entierro.

La deponente NANCY ESMERALDA TAMAYO señaló que habitaba en el barrio Panamericano en la ciudad de Cúcuta, motivo por el cual le consta que la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO convivió con el causante, a quien se lo presentó inicialmente como novio y posteriormente les arrendó una casa de habitación. Aseveró que, en el año 2017, aproximadamente, les arrendó el inmueble, no obstante, desde antes a esa data habitaban como pareja. En igual manera, que era el causante quien se encaraba de pagar el canon. Señalaron que la convivencia se dio aproximadamente desde el año 2008.

Así las cosas, la prueba testimonial antes referida, también da cuenta de la convivencia de la señora YOLANDA RODRÍGUEZ CAMARGO con el causante, y si bien coinciden en señalar que la convivencia inició entre los años 2008 y 2009, le asistió razón al *a-quo* al acoger la fecha que manifestó la señora RODRÍGUEZ CAMARGO, al referir "*Yo vivía con mis hermanos en la casa paterna de mis padres y yo le dije bueno, y de ahí el 25 de julio del 2010 yo hice vida con él".*

De tal manera, que al encontrarse acreditado el requisito de convivencia tanto por la señora BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ como por la señora YOLANDA RODRIGUEZ CAMARGO, les asiste derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes, cuyo porcentaje será el establecido en primera instancia, al no haberse formulado reparo alguno por las interesadas en tal aspecto.

Lo anterior permite corroborar que la hija del causante, señora YENNY MARTÍNEZ LÓPEZ tiene derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes, la señora BLANCA ALICIA LÓPEZ DE MARTÍNEZ al 41% y la señora YOLANDA RODRIGUEZ CAMARGO al 9%, ajustándose a derecho además el monto establecido por el *a-quo*, así como la autorización otorgada a COLPENSIONES para que realice el descuento de aportes a salud.

Finalmente, se debe señalar que, al no prosperar los intereses moratorios, lo cual no fue objeto de alzada por activa, resulta procedente el pago indexado de las sumas reconocidas.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 15 2022 00029 01**
Demandante:	PEDRO PABLO CASTRO VELÁSQUEZ
Demandado:	FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 20 de abril de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor PEDRO PABLO CASTRO VELÁSQUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONCEP, a fin de declararse que es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, condicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Igualmente, se declare que, en atención del principio de progresividad y favorabilidad, tiene derecho a que sea reliquidada su pensión de vejez con fundamento en lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la mentada Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, se condene a la encartada a reconocer, liquidar y pagar la prestación periódica desde la fecha en que se hizo exigible, el pago del retroactivo que se cause junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, indexación, pago de intereses moratorios y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 15 de agosto de 1942, así como que, para el 30 de junio de 1995, calenda en que entró en vigencia el sistema general de pensiones para el sector distrital al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 acreditaba 52 años de edad, ostentando a su vez más de 20 años de servicios con exclusividad al sector oficial.

En igual sentido, argumentó que laboró al servicio del Estado en su calidad de trabajador oficial por espacio superior a 20 años de servicios, habiéndose retirado de forma definitiva de su cargo el 31 de agosto de 1994, siendo su último empleador la EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – EDIS.

Que por tal razón, el 18 de agosto de 1997 procedió a solicitar ante el FAVIDI hoy FONCEP, el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación vitalicia de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que conllevó a que mediante Resolución No. 4055 del 21 de octubre de 1997 le fuese reconocida la prestación en cuantía inicial de $172.005 a partir del 16 de agosto de 1997, argumentándose para lo pertinente que era beneficiario del régimen transición del mentado artículo 36 de la Ley 100 y, por tanto, su régimen aplicable era el contenido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 al haber laborado más de 20 años en su calidad de trabajador oficial.

No obstante, adujo que para efectos de la liquidación de la pensión, se adoptó la curva de cotizaciones del tiempo que le hacía falta para acceder al derecho desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin tenerse en cuenta que al 30 de junio de 1995, fecha de entra en vigencia de la citada ley

para el sector Distrital, contaba con más de 40 años de edad y había laborado más de 20 años de servicios, ignorándose así el régimen anterior y desconociéndose el beneficio establecido en el artículo 36, en el entendido que no tuvo en cuenta todos los factores devengados y certificados durante el último año de servicios.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El FONCEP contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que al demandante mediante las Resoluciones No. 4055 del 21 de octubre de 1997 y 924 del 17 de julio de 1988 se le liquidó la pensión de jubilación deprecada, contando para ello con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y/o los que le faltare al actor por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 1992 y el 30 de agosto de 1994, como asignación básica, festivos, recargos nocturnos, primas de antigüedad y horas extras.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, prescripción respecto a los factores que integran la base salarial, oposición al pago de mesadas adicionales e intereses moratorios y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de abril de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que la pensión de vejez del señor demandante reconocida mediante Resolución número 4055 del 21 de octubre del año 1997 y reliquidada mediante Resolución número 924 del 17 de julio del año 1998, debe corresponder como primera mesada no al valor reconocido de $210.321 por parte de la demandada, sino a un valor de **$223.749**, **ORDENANDO** entonces, que a esas mesadas pensional reliquidadas, se le hagan los reajustes de orden legal que ha dispuesto el gobierno nacional, año a año, en forma anual, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.*

*"**SEGUNDO: DECLARAR** afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción, las diferencias en las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 5 de abril del año 2016 y que no se generan diferencias en las mesadas pensionales a partir del año 2020, por cuanto la prestación pensional, tanto la original como la reliquidada, se equipara al mínimo legal vigente para dicho momento, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.*

*"**TERCERO: CONDENAR** a **FONCEP** al pago a favor del señor demandante de la suma de $1.878.350 por concepto de retroactivo pensional no prescripto y causado, el cual se pagará debidamente indexado desde la fecha de causación de cada una de las diferencias pensionales del retroactivo anual y hasta su momento efectivo de pago, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.*

*"**CUARTO: ABSOLVER** a **FONCEP** de los intereses moratorios previsto en el artículo 141 de la Ley 100 del año 1993.*

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia en primer lugar no encontrarse en discusión que al demandante mediante Resolución No. 011 de 1997 le fue reconocida pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, prestación que se liquidó a través de las Resoluciones No. 4055 de 1997 y No. 924 de 1998, última que determinó su primera mesada pensional en la suma de $210.320.

Seguidamente, expuso que el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respetó tres aspectos anteriores a la entrada en vigencia de dicho precepto normativo, tales como (i) la edad, (ii) la tasa de reemplazo y, (iii) las semanas cotizadas, pero en lo que respecta al IBL el mismo se regula bajo la égida de la Ley 100 de 1993, aspecto que por demás se encuentra regulado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que el inciso 3º del mentado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinó que aquellas personas que se encontraran a menos de 10 años para consolidar su derecho pensional en el sistema general de pensiones se les aplicaría el promedio de lo devengado que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, al igual que el artículo 21 de la misma disposición normativa reguló que el IBL se aplicaría con lo devengado en los últimos 10 años o el de toda la vida laboral.

En tal sentido, coligió que en atención del principio de favorabilidad regulado en el artículo 53 de la Constitución Política, aplicaría en el asunto de marras el ingreso base de liquidación de los últimos 10 años según disposición del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues según su postura, no le era aplicable al juicio las prerrogativas establecidas en el inciso 3º de la menta norma, al igual que los factores salariales a tener en cuenta serían los devengados por el actor en los términos del Decreto 1158 de 1994, que para el caso del actor sería la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación, remuneración por trabajo dominical o festivo.

Que efectuadas las operaciones correspondientes, el actor al 15 de agosto de 1997 le correspondía como primera mesada pensional la suma de $223.749, monto superior a la que se le reconoció en su momento por valor de $210.320.

Al unísono, determinó que en virtud de la excepción de prescripción formulada por la encartada, consideró que se encontraban prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 5 de abril de 2016, al igual que refirió que en virtud de la indexación teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, la pensión que venía percibiendo el actor se equiparó con el salario mínimo en el año 2021, por lo que concluyó que la reliquidación adeudada a razón de 14 mesadas pensionales al año por el periodo comprendido entre el 5 de abril de 2016 y el 31 de diciembre de 2020 generó un retroactivo en la suma de $1.878.350.

De otro lado, argumentó no gozar de prosperidad el pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como quiera que dentro del presente asunto no existe mora en la cancelación de las mesadas pensionales, pues lo que se venía dejando de cancelar por la entidad es una reliquidación, lo que daba lugar a que el retroactivo fuese pagado de manera indexada hasta el momento en que se produzca el pago respectivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia deben ser confirmados como quiera que el monto determinado para la reliquidación de la primera mesada pensional se encuentra ajustada a derecho; sin embargo, arguye la procedencia de los intereses moratorios.

Lo anterior, en virtud a que, según los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los intereses moratorios también prosperan para diferencias pensionales, máxime si la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985 fue concedida bajo la égida del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo así pensiones de orden legal.

De otra parte, la demandada expuso en su alzada que no hay lugar a la reliquidación de la primera mesada pensional, toda vez que el monto de la misma se llevó a cabo de conformidad con la Resolución No. 924 de 1998, en la que se precisó que la mesada tendría en cuenta la suma de $4.072.332.61, dividido 776, multiplicado por 30 días, multiplicado por el 75%, arrojando un valor de la primera mesada para 1994 la suma equivalente a $118.076, la cual para el año 1997 corresponde a un valor de $210.320.77.

Ello por cuanto al señor PEDRO PABLO CASTRO VELÁSQUEZ se le liquidó su prestación económica a partir del 16 de agosto de 1997 en valor de $210.321, máxime si para el cálculo respectivo se tomaron en cuenta los factores determinados en el Decreto 1158 de 1994, al igual que el demandante tan solo tenía 1.051 semanas cotizadas.

Adujo que, en atención de los escenarios de presentación de la demanda, el fenómeno prescriptivo debe prosperar con anterioridad al 27 de febrero de 2019, y no como lo determinó el *a-quo*.

En últimas, expuso que frente al retroactivo pensional no se efectuaron los correspondientes descuentos en salud.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención de los recursos interpuestos por las partes y por metodología en la resolución de los mismos, la Sala auscultará como problema jurídico principal si el actor es merecedor de la reliquidación pensional de la pensión de jubilación que viene percibiendo por parte de la entidad demandada bajo la égida de la Ley 33 de 1985.

De salir avante lo anterior, se analizará lo referente al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como la data en que el *a-quo* determinó el pago de dicha reliquidación en atención del medio exceptivo de prescripción impetrado por el FONCEP.

c. Del caso en concreto:

Previo al análisis del *sub-examine*, es menester que la Sala precise que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que el aquí demandante señor PEDRO PABLO CASTRO VELÁSQUEZ según la cuenta la copia de su cédula de ciudadanía, nació el 15 de agosto de 1942, cumpliendo 55 años de edad el mismo día y mes de 1997, lo que a su vez se acompasa en que no existió reproche en que era beneficiario del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (Fl. 153 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA).

(ii) Que al demandante mediante Resolución No. 4055 de 1997 le fue reconocida pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985 a partir del 16 de agosto de 1997 en cuantía inicial de $172.005, fecha en la que cumplió la edad requerida según el precepto normativo (Fls. 18 a 21 – PDF 05 SUBSANACIÓN DEMANDA y fls. 118 a 121 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA).

(iii) Que a través de Resolución No. 924 de 1998, le pensión de jubilación fue reliquidada al 16 de agosto de 1997 en cuantía inicial de $210.321, ello por cuanto para la liquidación de su prestación fueron tenidos en cuenta los factores salariales adicionales a los tenidos en cuenta dentro de la Resolución No. 4055 de 1997 (Fls. 23 a 38 – PDF 05 SUBSANACIÓN DEMANDA y fls. 138 a 145 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA).

(iv) Tampoco el hecho que luego de que el demandante solicitara ante el FONCEP solicitud de reliquidación pensional, la entidad en Resolución SPE – GDP No. 000450 del 13 de mayo de 2019 negó tal pedimento, bajo el entendido que el actor no era merecedor de reliquidación alguna en la medida que la prestación se encontraba ajustada a derecho, por cuanto la misma había sido liquidada en su momento tomando los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, además que el actor tan solo cuenta con 1051 semanas, de allí que no se le pudiese dar aplicabilidad al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (Fls. 40 a 48 – PDF 05 SUBSANACIÓN DEMANDA y fls. 184 a 191 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Ahora bien, como ya se expuso, para resolver el problema jurídico a dilucidar, es decir, si el actor es merecedor de la reliquidación pensional de la pensión de jubilación que viene percibiendo por parte de la entidad demandada bajo la égida de la Ley 33 de 1985, pertinente resulta indicar en primer lugar que en tratándose de la calidad de trabajador oficial del demandante y al ser beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, el mismo entró a regir a partir 1º de abril de 1994 al tenor de lo regulado en la misma disposición normativa; no obstante, no ocurrió lo mismo frente a los

servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital como el caso del señor PEDRO PABLO CASTRO VELÁSQUEZ, como quiera que para esta catalogación de empleados su vigencia lo sería a más tardar al 30 de junio de 1995. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1472-2023, Radicación No. 92317 del 28 de junio de 2023, trajo a colación la postura doctrinaria que se ha mantenido en el tiempo acerca de este precepto, en la que sostuvo:

> *"Para resolver sobre la condición de beneficiario del régimen de transición que alega el recurrente, es oportuno recordar que la Corte, desde la sentencia CSJ SL6708-2016, ha considerado que conforme el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social Integral desarrollado en ese elenco normativo entraría a regir desde su publicación.*
>
> *"No obstante, ha definido igualmente que de manera paralela, el legislador en la primera parte del artículo 151 de la mencionada Ley, estipuló puntualmente, que la entrada en vigencia del sistema general de pensiones ocurriría por regla general a partir del 1 de abril de 1994 y, en el parágrafo de esta preceptiva, consagró que para los servidores públicos de nivel territorial, comenzara a regir «a más tardar» el 30 de junio de 1995, o en su defecto, en la fecha anterior cuando así lo determinara la autoridad gubernamental correspondiente.*
>
> *"Al respecto la Corte ha adoctrinado que lo consignado en el parágrafo en cita, pone en evidencia la voluntad explícita del legislador, orientada a que el Sistema General de Pensiones no se aplicara a todos los sectores en la misma fecha, por el contrario, que tuviera una implementación de manera progresiva, gradual y escalonada, de manera que se permitiera a las autoridades gubernamentales, territoriales, poder fijar su vigencia, atendiendo diferentes factores, entre otros los fiscales, presupuestales, administrativos o de cobertura de prestaciones, sin que pudiera iniciar más allá del 30 de junio de 1995.*
>
> *"Así se ha expuesto desde la decisión CSJ SL, 19 dic. 2007, rad. 31203, reiterada en la sentencia CSJ SL6708-2016. En el primer pronunciamiento la Corte expresó:*
>
> *"Es así como el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993 señaló con total claridad que el sistema general de pensiones para los servidores públicos de los niveles departamental, municipal y distrital entraría a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determinara la respectiva autoridad gubernamental, lo que quiere decir que para este específico sector de servidores oficiales la ley facultó a las autoridades locales para que fijaran el momento a partir del cual empezaría a regir para sus trabajadores esta parte del régimen de seguridad social, con la*

salvedad que si no hacían tal señalamiento se entendería que su vigencia sería en la fecha atrás reseñada, sin que este segmento de la norma pueda entenderse, conforme lo insinúa la censura, como si la fijación de una fecha para la vigencia del sistema en general dejase sin ningún efecto el señalamiento que hace el parágrafo, pues la literalidad del texto en mención es de tal nitidez que permite deducir sin dificultad que se trata de situaciones que son reguladas de manera diferente y que una es la entrada en vigencia del sistema de pensiones para la generalidad de los trabajadores y otra, bien distinta, para los servidores de las entidades territoriales ya referidas.

"Lo anterior, fue ratificado en la sentencia CSJ SL2224-2019, así:

"Bajo el contexto que antecede, resulta procedente memorar que acorde a los lineamientos del Estatuto de Seguridad Social, expedido el 23 de diciembre de 1993, y tal como consta en el Diario Oficial 48148, publicado en esa misma fecha, en su artículo 289, de manera general, se previó que dicha ley regía a partir de su publicación, salvaguardaba los derechos adquiridos y derogaba todas las disposiciones que le fueran contrarias, en especial el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5º de la ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo, y demás normas que los modifiquen o adicionen, apartado último que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia CC C-529/1994.

"No obstante tal preceptiva, el artículo 151 del mismo compendio, definió que, en lo relacionado con el sistema general de pensiones, este entraría a regir a partir del 1 de abril de 1994; sin embargo, en su parágrafo señaló la posibilidad de que para los servidores públicos de los distintos niveles territoriales, esto es departamental, municipal y distrital, esto aconteciera «a más tardar» el 30 de junio de 1995, o en la fecha en que lo determinara la autoridad gubernamental.

"Es decir, se avaló normativamente un traslado progresivo, cuya decisión recaía en las distintas autoridades, de los órdenes territoriales, pues como lo previó en su momento el artículo 2 del Decreto 691 de 1994, esto se realizaba «teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales», pero sin desconocer que bien podía entrar a operar antes del 30 de junio, para lo cual era determinante la decisión gubernamental y de que en estos eventos la Ley 100 de 1993, regularía las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes, según se desprende además de su artículo 3.

"En el mismo orden, el Decreto 1068 de 1995, recabó sobre tal situación «siempre que la entrada en vigencia del sistema no haya sido decretada con anterioridad por el gobernador o alcalde», de manera que, contrario a lo que entendió el Tribunal, sobre el vigor de la ley, esta extendió su límite temporal hasta del 30 de junio de 1995. (Subrayado por la Sala).

"En este orden, la entrada en vigor del sistema general de pensiones para los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital fue reglamentada con el Decreto 691 de 1994 y se reiteró en el artículo 6 del Decreto 1068 de 1995, el cual consagra lo siguiente:

"Artículo 6º.- Régimen de transición. Los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital, que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos.

"Para efectos del cumplimiento de los requisitos de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el momento de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, será:

1. *La fecha en que entró a regir el sistema, determinada en el acto administrativo emitido por el respectivo gobernador o alcalde, o*

2. *El 30 de junio de 1995."*

Bajo este entendimiento, palmario resulta entonces que para el caso del demandante señor PEDRO PABLO CASTRO VELÁSQUEZ, al haber sido un trabajador del orden distrital al servicio de la extinta empresa EDIS durante los periodos comprendidos entre el 28 de marzo de 1974 y el 27 de enero de 1981 y entre el 30 de marzo de 1981 y el 31 de agosto de 1994, la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 sucedió a partir del 30 de junio de 1995.

En tal sentido, como ya se dijo no hay discusión del beneficio transicional que ostentaba el actor, ya que para la fecha 30 de junio de 1995 contaba con 52 años de edad en tanto nació el 15 de agosto de 1942 y tenía más de 21 años de servicios al sector público. Adicionalmente, se tiene que el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 prescribe que el empleado oficial que demuestre que laboró por 20 años continuos o discontinuos y que llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75%, preceptos normativos que acredita el demandante como quiera que cumplió 55 años de edad el 15 de agosto de 1997 ya que nació el mismo día y mes de 1942, así como que laboró como trabajador oficial por más de 21 años al servicio de la extinta EDIS.

d. Del monto de la mesada pensional teniendo en cuenta el IBL a aplicar y los factores salariales a tener en cuenta:

Con relación al IBL, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, con estricta sujeción a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha considerado en forma reiterada, uniforme y pacífica, que el régimen de transición únicamente preservó 3 aspectos de la normatividad anterior como lo es la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, estando los demás aspectos de la prestación, tales como el ingreso base de liquidación, expresamente regulados por la Ley 100 de 1993, siendo trascendental en su explicación la sentencia SL646-2019.

No obstante, claro es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en regular que: *"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"*.

Al respecto, el órgano de cierre en decisión reciente y *relevante* como lo es la SL3206-2022, Radicación No. 80992 del 13 de julio de 2022, mencionó acerca de la imperiosa aplicabilidad del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la que sostuvo:

> *"Ha dicho la Sala que el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para proteger las expectativas legítimas de los ciudadanos, al punto que puede decidir qué dimensiones del régimen anterior desea conservar y cuáles someter al gobierno de la nueva ley (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33343). Tal es el caso de los beneficiarios del régimen de transición, a quienes el legislador mantuvo tres puntuales aspectos de la ley anterior -edad, tiempo de servicios o número de semanas y monto-, delegando todo lo demás a lo que al efecto dispusiera la Ley 100 de 1993, lo que incluye la forma de determinar el IBL.*

"Con base en lo anterior, esta Sala ha señalado que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición se integra como lo establece la Ley 100 de 1993. Así, ha dicho que, si al afiliado le hacían falta menos de 10 años para estructurar la pensión, su IBL se establece conforme el inciso 3.º del artículo 36 de la citada ley, y si le hacía falta un tiempo igual o superior a los 10 años para causar la pensión, el IBL se determina conforme al artículo 21 de la misma ley (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33343, reiterada en CSJ SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, CSJ SL15602-2014, CSJ SL6476-2015, CSJ SL12998-2015, CSJ SL8563-2016, CSJ SL9808-2016, CSJ SL2510-2017, CSJ SL4093-2017, CSJ SL13184-2017 y CSJ SL2954-2021)."

Postura que se mantiene recientemente como es el hecho de las sentencias SL2369-2023, Radicación No. 81677 del 4 de octubre de 2023, SL2258-2023, Radicación No. 91575 del 28 de agosto de 2023, entre otras.

Bajo este entendimiento, como quiera que el señor PEDRO PABLO CASTRO VELÁSQUEZ a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que en su caso se reitera lo fue a partir del 30 de junio de 1995 contaba con 52 años, 10 meses y 16 días, de allí que para el cumplimiento de los 55 años de edad que lo fue el 15 de agosto de 1997, le hacía falta 2 años, un mes y 16 días, adicional a que su última fecha de cotización lo fue el 31 de agosto de 1994.

Por tal razón, de conformidad con lo preceptuado en el inciso tercero del mentado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el IBL a tener en cuenta para calcular la pensión de Ley 33 de 1985 será con el promedio de lo devengado durante los últimos 2 años, un mes y 16 días del tiempo laborado en su calidad de trabajador oficial cuyo extremo final de labor lo fue el 31 de agosto de 1994 y hacia atrás; circunstancia por la cual, no era procedente la reliquidación *teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años en los términos del artículo 21 de la Ley 100*, ya que como inclusive lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al aquí demandante le hacían falta menos de 10 años para estructurar la pensión, evento en el cual su IBL se establece conforme el inciso 3º del artículo 36 de la citada ley, y *solo* si le hacía falta un tiempo igual o superior a los 10 años para causar la pensión, el IBL se determina conforme al artículo 21 de la misma ley, esto es, con el promedio de los 10 últimos años.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1352-2023, Radicación No. 94475 del 21 de junio de 2023, señaló:

> *"Partiendo del hecho indiscutido de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que causó el derecho el 10 de noviembre de 2002, cuando arribó a los 55 años de edad, se evidencia que le faltaban menos de 10 años, concretamente estaba a 3100 días para consolidar la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, los que equivalen a 8,61 años.*
>
> *"Lo anterior implicaba que el ingreso base de liquidación de la demandante se estableciera bajo los parámetros del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no con base en lo dispuesto en el artículo 21 íbidem; pues el primero de los mencionados es el que regula específicamente la forma de calcularlo tratándose de personas beneficiarias del régimen de transición a quienes a 1 de abril de 1994 les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho.*
>
> *"Ahora, esta norma también prevé dos alternativas a tomar, una, partiendo del promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para adquirir el derecho, y la otra, acudiendo al promedio de lo cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.*
>
> *"Así las cosas, es evidente que, aunque en principio el sentenciador tenía claro que la regulación si se trataba de una persona que le faltaba menos de 10 años para causar el derecho, era disímil, frente a quienes les faltara más, al hacer suyas las argumentaciones del juez, erró.*
>
> *"En efecto, el ad quem estimó que el IBL de la prestación se determinaba con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o el de toda la vida, y que a la demandante le era más favorable el de los últimos 10 años.*
>
> *"Entonces soslayó que de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como a la demandante le faltaban menos de 10 años para consolidar el derecho a la pensión de vejez, esto es, 8,61 años, el ingreso base de liquidación se debía establecer, se itera, con el promedio de éstos 8,61 y no con el de los últimos 10 años, como lo hizo el juez y aquella corporación lo acogió.*

Así las cosas, al resultar incluso inferior el IBL calculado para la reliquidación de la primera mesada pensional del señor PEDRO PABLO CASTRO VELÁSQUEZ teniendo en cuenta los últimos 2 años, un mes y 16 días, y ello según la liquidación (archivo digital 15LIQUIDACIÓN.pdf), considera la Sala que no hay lugar a reliquidación alguna y, en tal sentido, la sentencia de primera instancia

habrá de revocarse, para en su lugar absolver al FONCEP de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad. La de primera instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ABSOLVER** al FONCEP de las pretensiones formuladas en su contra, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, a favor la parte demandada, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P. Las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **18 2021 00153 01**
Demandante:	JAIRO DIAZ GRANADOS MUGNO
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado DAVID SANTIAGO LARA OSPINA, identificado con cédula de ciudadanía 1.110.567.737 y T.P. 299.625 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 27 de julio de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIRO DIAZ GRANADOS MUGNO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., por no haber brindado una asesoría clara, precisa y real sobre los beneficios y desventajas de dicho traslado, lo que vició su consentimiento.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los aportes obligatorios que efectuó a ese fondo, junto con los respectivos rendimientos. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES acepte su traslado y reciba los anteriores emolumentos y se condene a lo que resulte probado en uso de sus facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 9 de febrero de 1963, y estuvo afiliado en el régimen de prima media con prestación definida a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; a su vez, expuso que suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. en octubre de 1998 sin asesoría alguna, ya que el trámite se llevó a cabo en masa, precisando que posteriormente se afilió a PORVENIR S.A.

Añadió que nunca recibió asesoría sobre las consecuencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, y tampoco se efectuaron proyecciones económicas de su escenario pensional en uno y otro régimen, lo que vició su consentimiento al momento de suscribir el formulario de afiliación, y le ocasionó perjuicios al ser contrario a su voluntad y a su beneficio pensional, enfatizando que ha tratado de retornar al régimen de prima media, pedimento que fue negado por las encartadas. (f. 3 a 7 archivo 01 y archivo 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas por el demandante, argumentando que se afilió de manera voluntaria a la administradora de pensiones, lo que consta en el formulario de afiliación, el cual cumple con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-

789 de 2002, que se pronunciaron sobre la posibilidad de traslado de régimen pensional establecida en el artículo 2 de Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f. 3 a 28 archivo 09).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato y por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad 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 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 traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. (f. 3 a 30 archivo 10).

PORVENIR S.A. contestó con oposición de las pretensiones del libelo introductorio. Al respecto, expuso que la afiliación del actor a ese fondo a través de Horizonte S.A. en 2006 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se

presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P., por lo que no procede la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 3 a 24 archivo 12).

En audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., el Juzgado de origen desvinculó de la acción a COLFONDOS S.A. quien pese a que contestó la demanda no hace parte del contradictorio como se extrae del auto admisorio. (archivos 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de julio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor JAIRO DIAZ GRANADOS, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 12.557.645, a COLMENA hoy PROTECCIÓN, efectuada el día 12 de agosto de 1998 con fecha de efectividad 13 de agosto del mismo año, y consecuentemente declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación realizada a PORVENIR el 31 de julio de 2006 con fecha de efectividad el 01 de septiembre de ese mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor JAIRO DIAZ GRANADOS, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 12.557.645, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante señor JAIRO DIAZ GRANADOS, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 12.557.645, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el*

detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 22 de junio de 1989, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un ($ 1.000.000) a cargo de cada una y a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.

SEPTIMO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior."

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que estaba acreditado que el actor provenía del régimen de prima media con prestación definida y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 12 de agosto de 1998 a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y que posteriormente se afilio a PORVENIR S.A. A su vez, hizo mención a los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, el artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014, artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016, los cuales hacen alusión a las diferentes etapas del deber de información frente al traslado de régimen pensional.

Deber de información que, según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral consiste en que las AFP suministren a sus afiliados información clara, cierta, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias al momento en que una persona desea trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cual no se acredita con el formulario de afiliación o con otros traslados horizontales que se efectúen.

Dicho esto, y al no cumplir con la carga probatoria que le asistía a la encartada COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., declaró la ineficacia del traslado, junto con el consecuente traslado de los respectivos emolumentos a que haya lugar, en la forma que se indica en la sentencia, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Solicita se revoque la sentencia de primer grado, dado que el actor guardó silencio por más de veintidós años frente a la información que le fue suministrada por parte de COLMENA el 12 de agosto de 1998, siendo notoria su desidia ante su situación pensional, lo que se concluye del interrogatorio de parte que rindió, del cual se extrae que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y sin coacción alguna, luego, no está demostrada la falta de asesoría que concluyó el fallador de instancia.

De otro lado, refirió que debe tenerse en cuenta lo sostenido por la Corte Constitucional en su reiterada jurisprudencia ante la vulneración del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, dada la declaratoria de ineficacia del traslado, más si se tiene en cuenta que en el presente asunto, el gestor permaneció muchos años sin contribuir en el fondo común que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al régimen que administra. De igual manera, refirió que el actor no contaba con un derecho adquirido, expectativa legitima o beneficio pensional al momento del traslado, y menos aún era beneficiario del régimen de transición, que diera lugar a su retorno a ese régimen.

PORVENIR S.A. en su alzada manifestó su disenso en lo concerniente a la condena por indexación, teniendo en cuenta la misma obedece a la simple actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación en el trascurso del tiempo, y las administradoras de pensiones están obligadas a garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de los afiliados, obligación que ha cumplido respecto del gestor, luego tal condena es

incompatible pues los recursos de la cuenta individual de éste no se han visto afectadas por el fenómeno inflacionario.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso en efecto se acreditó que el actor estaba afiliado en el régimen de prima media con prestación definida desde el 22 de junio de 1989, donde alcanzó un total de 20 semanas, pues así da cuenta el reporte de semanas cotizadas en pensión que expidió COLPENSIONES el 29 de septiembre de 2022 (f. 515 a 18 archivo 09); además se allegó el formulario de afiliación por medio del cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 12 de agosto de 1998 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., igualmente, se encuentra el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. el 31 de julio de 2006, vinculaciones que se hicieron efectivas el 13 de agosto de 1998 y el 1º de septiembre de 2006, respectivamente; según el reporte SIAFP. (f. 42 archivo 10 y f. 55 y 69 archivo 12).

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

De otro lado, se practicó el interrogatorio de parte al actor JAIRO DIAZ GRANADOS MUGNO, quien expuso que se trasladó en el año 1988 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., enfatizando que de eso hace muchos años y no recuerda.

De otro lado, refirió que su vinculación con PORVENIR S.A. se dio hacia 2006 por instrucción de su empleador, misma situación que aconteció con la vinculación inicial al régimen de ahorro individual con solidaridad y que suscribió los formularios de afiliación.

Más adelante relató que al momento del traslado estuvo presente un asesor quien no demoró más de diez minutos, que efectuó aportes voluntarios, pero al no obtener los rendimientos prometidos no siguió realizándolos. Asimismo, adujo que uno de los factores para trasladarse de régimen es que se decía que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado; igualmente, mencionó que el fondo le dijo que su pensión ascendería a $1.200.000.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a al actor para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se

esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción

autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle*

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados" (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que las sumas que deben indexar PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES, aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima. En lo demás, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero la sentencia proferida el 27 de julio de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que debe indexar PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES, corresponde a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 18 2021 00153 01 DE JAIRO DIAZ GRANADOS MUGNO contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

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

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **19 2018 00397 01**
Demandante: MARÍA STELLA RIVERA MARTINEZ
Demandado: ALL STONE S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA STELLA RIVERA MARTINEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de ALL STONE S.A.S., con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de julio de 2011 y el 11 de noviembre de 2016, lapso en el que cumplió un horario de 12:00 p.m. a 3:00 p.m., devengando como salario mensual la suma de $340.000. Asimismo, se declare que no fue afiliada al sistema integral de seguridad social, que la demandada no le pagó cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones durante la relación laboral, la cual finalizó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a la convocada a juicio a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y las vacaciones causadas del 9 de julio de 2011 al 11 de noviembre

de 2016. Igualmente, se condene a la encartada a pagar la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., la sanción por la no consignación de las cesantías, el auxilio de transporte, los aportes a salud y pensión en la entidad de seguridad social que elija, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones, indicó que sostuvo un vínculo laboral con la demandada mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido desde el 9 de julio de 2011 hasta el 11 de noviembre de 2016, calenda en la que finalizó la relación contractual de manera unilateral por parte de la accionada y sin justa causa. A su vez, narró que desempeñó el cargo de aseadora y que durante toda la relación laboral cumplió un horario de trabajo de 12:00 p.m. a 3:00 p.m. de lunes a viernes, y que devengó como salario mensual $340.000.

Enfatizó que las funciones que realizó consistían en hacer aseo en las dependencias de la sociedad accionada, y que durante la relación contractual no se le afilió al sistema integral de seguridad social, ni se le pagaron cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones y el auxilio de transporte.

De otro lado, expuso que la demandada terminó el contrato de trabajo de manera verbal y sin justificación alguna, pues solo adujo que pasaba una cuenta de cobro diferente para reclamar su salario. (f. 6 a 15 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

ALL STONE S.A.S. se opuso a las pretensiones del libelo introductorio. Al respecto, indicó que jamás existió una relación de naturaleza laboral entre las partes, y que la gestora prestó su colaboración a esa sociedad de manera ocasional, precisando que esa empresa inició actividades comerciales en septiembre de 2011, por lo que de manera alguna pudieron llegar a algún acuerdo a partir del 9 de julio de 2011, como se aduce en la demanda, y solo concurría a sus instalaciones algunos días, sin que tardara más de una o dos

horas en la prestación de servicios generales; luego, no puede endilgarle una relación laboral pues en los mismos días y horarios que dice haberle prestado sus servicios, acudía a la sociedad Mármoles Artesanía y Figuras y a otra sociedad, las cuales estaban cerca de sus dependencias.

En su defensa propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, la cual se declaró no probada en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., llevada a cabo el 23 de mayo de 2019. De la misma forma, propuso las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción. (f. 32 a 41 archivos 01)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de marzo de 2023, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, y se abstuvo de condenar en costas.

Para arribar a tal conclusión, la falladora de instancia comenzó por señalar que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si la actora laboró para la demandada, en caso positivo, correspondería determinar la clase de contrato que unió a las partes, sus extremos, la razón de la terminación del vínculo y si hay lugar al pago de las acreencias que se reclaman en la demanda. De la misma forma, expuso que serían sustento de su decisión los artículos 22, 24, 58, 62, 64, 65, 230, 249 y 306 del C.S.T. y 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., 164, 165 y 166 del C.G.P. y la sentencia 38671 de 2012.

A continuación, refirió que se encontraban comprobantes de pago de egresos No. 2282, 2438, 2797 de folios 21, 52 a 56 y 58 a 64 del plenario en donde se determina el pago de una prestación de servicios entre las partes, e hizo alusión a los interrogatorios de parte que recibió y los testimonios recaudados.

Más adelante refirió que era necesario determinar la primacía de la realidad sobre los aspectos que puedan surgir sobre documentos o acuerdos a que hayan llegado las partes, asimismo, hizo mención a los artículos 22 y 24 del

C.S.T., para concluir que estaba acreditada la prestación personal del servicio por parte de la demandante, por lo que era dable aplicar la presunción establecida en el artículo 24 de la norma sustantiva laboral.

Seguidamente, sostuvo que la señora ANA TERESA CONTERAS GUACANEME, quien era represente legal de la demanda, indicó que la actora comenzó a colaborarle en la empresa desde septiembre de 2011 y que acordaron un precio por los servicios de aseo que le prestaría, para lo cual presentaba una cuenta de cobro.

Entre tanto, la demandante adujo que prestó sus servicios de 12:00 p.m. a 3:00 p.m. de lunes a viernes realizando labores de aseo, además expuso que empezó a laborar el 9 de julio de 2011, fecha que recuerda por cuanto la demandada la llamó y le informó que había conseguido la bodega en la que iba a funcionar la empresa, vínculo que terminó el 11 de noviembre de 2016 como da cuenta la última cuenta de cobro que entregó a la empresa. Además, mencionó la *a-quo* que se practicaron los testimonios de los señores LUIS JACINTO FERRUCHO CAMACHO, CESAR AUGUSTO GUEVARA CAMPO, MÓNICA HERNÁNDEZ RIVERA, GRACIELA CONTRERAS GUACANEME y MARI YOLANDA SÁNCHEZ AGUILAR, quienes de manera unánime indicaron que la gestora sí presto sus servicios a la encartada en el cargo de aseadora, encontrándose plenamente demostrado tal elemento, por ende, concluyó que entre las partes existió un contrato de trabajo, siendo menester a efectos de liquidar las prestaciones sociales determinar los extremos del contrato.

En esa medida, trajo a colación la sentencia de 22 de marzo de 2006 con radicado No. 25580, en la que se establece que, de no acreditarse el tiempo de servicio y el salario devengado, no es factible emitir condena por las acreencias que se reclaman, aclarando la falladora de instancia que de las pruebas testimoniales no se logró establecer los extremos del contrato que informó la demandante pues los testigos no fueron coherentes en ese sentido. Igualmente, indicó que se presentaron cuentas de cobro por los servicios prestados, pero las mismas no tienen una continuidad con la cual se pueda establecer que fueron periódicas ni los días exactos que se cobran.

Por último, señaló que si bien la presunción del artículo 24 del C.S.T. establece la existencia del contrato de trabajo, esta no opera de forma absoluta pues no basta la simple afirmación del servicio para que se convierta en una afirmación irrefutable, sin que nada tenga que probar como lo ha dicho la jurisprudencia. Además, refirió que pese a estar probada la existencia de una relación laboral entre las partes, no había claridad sobre los extremos y el salario, lo que conllevaba a la absolución de la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte actora interpuso recurso de apelación. Al respecto expuso que los testimonios dan cuenta que trabajó desde el año 2011 hasta el año 2016; de modo que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del C.S.T. se podía concluir que existió un contrato verbal de trabajo en dicho lapso, por tanto, solicita se revoque la sentencia de primer grado y se acojan los citados extremos y se le concedan todos los derechos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo, reiterando que las pruebas dan cuenta que utilizaba los elementos de aseo, y que laboraba tres horas, generando así su derecho al pago de prestaciones sociales, tales como cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y las demás acreencias que determina dicho compendio normativo, máxime si se tiene en cuenta que la empresa demandada obró de mala fe y no pagó cesantías y sus demás acreencias.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar si entre la demandante y la demandada existió un contrato de trabajo, sus extremos y el salario

devengado por la actora en desarrollo del mismo, en caso positivo, determinar si hay lugar a las condenas que se elevan en el libelo demandatorio.

c. Del contrato de trabajo:

A efectos de resolver el problema jurídico propuesto con antelación, y dado que si bien la Juez de primer grado determinó que estaba acreditada la prestación del servicio por parte de la demandante, considera esta Colegiatura menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

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

En este punto, conviene memorar lo expuesto por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, sobre el elemento subordinante para la configuración de un verdadero contrato de trabajo:

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

reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo[1], pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

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

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

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

Asimismo, el artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio para que se active la presunción de la citada norma, caso en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste. (sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras).

[1] OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUCP, 2007, vol. 60, p. 375.

Sobre dicho tópico el Alto Tribunal en sentencia SL672-2023, Radicación No. 92471 de 8 de marzo de 2023, enfatizó frente a la carga de la prueba en esta clase de juicios donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo, lo siguiente:

> *"Para ello, importa recordar que en temas como el que ahora llama la atención, se ha ilustrado que quien alega su condición de trabajador y acredita la prestación personal del servicio, le asiste una ventaja probatoria consistente en que se presuma la existencia de la relación laboral, correspondiéndole entonces al demandado destruir la presunción de que trata el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo, demostrando de que la labor se realizó en forma autónoma, independiente y no subordinada.*

En otro giro, cabe mencionar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL1520-2023, con radicado No. 92626 de 5 de julio de 2023, al abordar lo atinente a los extremos del vínculo laboral, señaló que es posible establecerlos de la siguiente forma:

> *"Como se deben fijar los días exactos, en lo que corresponde al extremo inicial, como lo enseñó esta Sala, al haber certeza sobre el año, pero no sobre el mes, ni el día, se deberá «tener como aquel el último día del último mes del año» (CSJ SL439-2021 y SL905-2013); y el extremo final, como se confesó que fue en el 2018, se tendrá para el mismo que el finiquito fue el primer día del primer mes, como lo adoctrinó esta Corporación en fallo CSJ SL905-2013, reiterado en CSJ SL1181-2018. Así mismo, como se enunció al resolver el recurso extraordinario, quedó confesado que se trató de un nexo continuo."*

Frente al salario mensual, la Alta Corporación en sentencia SL1702-2021, con radicación No. 85376 de 5 de abril de 2021, siguiendo el precedente de ese órgano de cierre en sentencias CSJ SL2695-2015 y CSJ SL6621-2017, entre otras, sostuvo que "*al no existir prueba fehaciente de su monto, se tomará como referencia el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente".*

d. Del caso en concreto:

En tal sentido, al descender al *sub-examine* se memora que la actora afirma que estuvo vinculada con la sociedad accionada por medio de un contrato de trabajo a término indefinido el cual fue pactado de forma verbal, desempeñando el cargo de aseadora y cumpliendo un horario de trabajo de

12:00 p.m. a 3:00 p.m. de lunes a viernes, devengando como salario mensual la suma de $340.000.

En virtud de lo anterior, la Juez de instancia concluyó que estaba acreditada la prestación del servicio, empero no así, los extremos del contrato y el salario devengado, lo que compelía a la absolución de las pretensiones de condena que se impetraron en el libelo demandatorio. Por su parte, la activa en la alzada señala que de las pruebas testimoniales se puede establecer que laboró para la encartada desde el año 2011 al año 2016, cumpliéndose los presupuestos consagrados en los artículos 23 y 24 del C.S.T.

Al respecto, procede la Sala a analizar las pruebas que obran en el plenario, acotando que si bien la apelante solo hace alusión a los testimonios, considera la Sala pertinente memorar lo que expuso la representante legal de la demandada, señora Ana Teresa Contreras Guacaneme en el interrogatorio de parte que depuso, al señalar que la empresa se cerró el 31 de enero de 2019 y que está pendiente el proceso de liquidación, agregó que conoce a la actora por que trabajó en una empresa en la que fue socia de nombre Mármoles y Figuras hace aproximadamente diez o nueve años, y que llegaron a un acuerdo para que le colaborara con el aseo en ALL STONES S.A.S. a la cual acudía desde septiembre de 2011 de manera esporádica.

Manifestó que le propuso a la promotora que trabajara por nómina, frente a lo cual le mencionó que no estaba interesada, pues su forma de trabajo era libre e independiente y no quería perder el beneficio que tenía en el Sisben, por lo que hicieron un acuerdo por el tiempo que dedicaba al arreglo de una oficina y un baño, pactando así un precio, debiendo presentar una cuenta de cobro. De otro lado, enfatizó que la gestora tenía la libertad de presentarse cuando a bien lo tuviera, lo cual ocurría aproximadamente dos veces a la semana, además no cumplía un horario. Frente a la pregunta de cuánto fue el promedio de lo que devengó en el último año dijo que $17.000.

A su vez, expuso que le suministraban los implementos de trabajo para realizar el aseo y que usaba un uniforme para realizar su labor, sin que hubiese una fecha fija para presentar la cuenta de cobro, y que no le exigieron pagos a

seguridad porque manifestó que no quería incurrir en esos gastos y que era beneficiaria en salud de su cónyuge. Igualmente, sostuvo que a veces llegaba a las 11:00 a.m. o a la 1:00 p.m. y en una ocasión arribó a las 3:00 p.m., y que la relación finalizó por cuanto en una oportunidad le dijo a su asistente Mari Sánchez que ya no volvería sin más explicaciones; a la pregunta de si del año 2011 a 2016 podía enviar a otra persona a realizar su actividad, dijo que era posible, tan es así, que en alguna ocasión envió a la hija y que cuando se dio la terminación las cuentas de cobro quedaron al día, aclarando que el lugar de trabajo fue en las instalaciones de la empresa.

La demandante en el interrogatorio de parte que depuso, señaló prestó servicios de aseo a la demandada de 12:00 p.m. a 3:00 p.m. de lunes a viernes, y que empezó el 9 de julio de 2011, lo cual recuerda por cuanto la representante legal de ALL SOTNE S.A.S. la llamó y le dijo que ya había encontrado la bodega para su empresa y que necesitaba la ayudara con dichos quehaceres, lo cual comenzó un día sábado y así se mantuvo hasta el 11 de noviembre de 2016, lo cual consta en la cuenta de cobro. Dijo que quien la contrató fue la señora Ana Teresa Contreras de forma verbal sin ofrecerle prestaciones, que sus funciones las realizaba por unas horas y que así lo hacía en otra empresa.

Señaló que por la misma época que prestó sus servicios a la convocada a juicio, lo hacía para Mármoles y Figuras y una empresa de repuestos y que, en el primer lugar siempre ha tenido un horario de 8:00 a.m. a 11:30 a.m., y que después se dirigía a ALL STONE S.A.S. sin que nunca se le llamara la atención por laborar en otros lugares. Que incluso llegaba antes de las 12:00 p.m. y que siempre se presentaba ante la señora Ana Teresa, insistiendo que siempre su horario fue de 12:00 p.m. a 3:00 p.m., y que ella era quien supervisaba sus actividades, incluso una vez le llamó la atención. Que para diciembre de 2014 se le presentó un viaje, por lo cual le exigió que debía dejar un reemplazo por cuanto la empresa requería el servicio, siendo en esa ocasión cuando envió a su hija, precisando que nunca se le cancelaron vacaciones.

Que tras la terminación del contrato realizó una liquidación y se la entregó a la señora Ana Teresa, quien le señaló que no le adeudaba sumas de dinero. De

otro lado, mencionó que cada año la demandada le incrementaba el salario, ya que al inicio devengaba $11.000 y terminó con un pago de $17.000 diarios y que en 2014 estuvo por fuera de un mes y su salario se lo dio a su hija. Que la terminación se dio por el cambio de cuenta que le era exigida.

Entre tanto el testigo Luis Jacinto Ferrucho dijo conocer a la demandante hace ocho o nueve años por cuanto prestaba sus servicios a una empresa que asesora de nombre Mármoles y Artesanías Ltda., y que conoce a la señora Ana Teresa Contreras Guacaneme hace cinco o siete años, toda vez que también la asesoró como contador por espacio de año o año y medio; le consta que en ese tiempo la actora prestaba sus servicios de aseo y cafetería, y que cuando empezó a funcionar la sociedad demandada, la señora Ana Teresa la contrató para hacerle mantenimiento a todas las oficinas, época en la que veía a menudo a la demandante.

Que él en calidad de contador registraba los pagos, exigiendo el soporte. Dijo que él no tenía horario y que asistía mínimo dos días a la semana o cuatro días, y cuando asistía encontraba a la demandante, quien llegaba sobre el medio día.

El señor Cesar Augusto Guevara Ocampo, refirió que conoce a la demandante hace aproximadamente nueve años por cuanto fue compañero en la empresa actual y en la que trabajaban antes, es decir, en ALL STAR S.A.S., a donde ingresó en septiembre de 2011, en donde él trabajó año y ocho meses como operario cortando mármol. Refirió que la actora cuando crearon la empresa fue quien organizó las oficinas y que cuando él llegó, ella ya estaba laborando en la demandada haciendo aseo en las oficinas; que entraba entre 11:00 y 11:30 a.m. y se iba a las 3:00 o 3:30 p.m. de lunes a viernes y recibía instrucciones de la señora Ana Teresa.

Destacó que la actora usaba uniforme de la empresa accionada, y sabe que pasaba una cuenta de cobro por los cinco días que laboraba y que él estaba vinculado por medio de un contrato de trabajo y le pagaban lo de ley y su horario era de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 5:30 p.m., aclarando que no conoce que otra persona haya reemplazado a la actora y que le consta que prestaba

sus servicios en Mármoles y Figuras en las mañanas y que la actora trabajó en la empresa demandada hasta mediados de noviembre de 2016.

Mari Yolanda Sánchez Aguilar dijo que laboró para la demandada dos años y medio de septiembre de 2016 a enero de 2019 como asistente administrativa; que conoció a la demandante por cuanto era la persona que iba a realizar labores de limpieza y que no recuerda la fecha, pero que cree que fue hasta noviembre del mismo año en que ingresó. Que iba dos o tres veces a la semana y que no tenía un horario específico, en el cual demoraba dos o tres horas y que por medio de una cuenta de cobro se le pagaba. Que las liquidaciones las hacia la señora Ana Contreras y que la demandante no enviaba a otra persona diferente para realizar esa labor.

Que ella en algunas ocasiones hizo los pagos a la demandante por orden de la señora Ana Teresa Contreras y que nunca le pagaron seguridad social, además, narró que la actora usaba un uniforme y la empresa le daba los elementos de aseo.

La testigo Graciela Contreras Guacaneme, expuso que laboró para la demandada aproximadamente desde finales de 2011 a mediados de 2015 en el área de ventas y que permanecía cuatro días a la semana. Dijo conocer a la demandante por cuanto todo el tiempo que estuvo ella iba a hacer labores de aseo unos dos o tres días a la semana por espacio de una hora, que llegaba a las 11:00 am y salía a las 12:15 p.m. y que cuando iba a las 2:00 p.m. se iba a las 3:00 p.m.; que cuando ella se desvinculó de la accionada, la demandante seguía en ese lugar.

Que ella se vinculó a la demandada a finales de septiembre de 2011, enfatizando que la actora no estaba todos los días y que solo permanecía una hora haciendo aseo, que durante ese espacio no vio otra persona diferente o que ella enviara otra persona a realizar esas labores y que pasaba una cuenta de cobro.

Informó que Ana Teresa Contreras es su hermana y que estaba presente cuando la demandante llegaba y se iba por cuanto laboraba en el lugar y que la

empresa le suministraba los elementos para llevar a cabo el aseo y que usaba un uniforme; refirió no conocer los motivos de la finalización por cuanto se retiró a finales de 2015.

En su declaración Mónica Evidalia Hernández Contreras mencionó que la demandante es su tía y que tiene conocimiento que prestó servicios a la sociedad demandada, ya que ella laboró en una empresa de nombre Mármoles, Artesanía y Figuras, recomendando a su tía para laborar a esta última sociedad, de cual la señora Teresa Contreras era socia y cuando esta decidió abrir ALL STONE S.A.S. se llevó a trabajar a la demandante, narrando que la actora en la otra empresa estaba de 8:00 a.m. a 11:30 a.m. haciendo aseo y que no le consta que tuviese pacto de exclusividad con la pasiva.

Del examen de los referidos medios de convicción de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., se puede establecer que la promotora de la litis prestó sus servicios a la demandada ALL STONE S.A.S. como lo concluyó la *a-quo*, lo que de suyo conllevaba a la aplicación la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., aspecto que no fue objeto de controversia por parte de la encartada, concluyéndose que tal relación estuvo regida por un contrato de trabajo, presunción que para esta Colegiatura no logró desvirtuar la encartada, pues nótese que los testigos que comparecieron dieron cuenta de la prestación de los servicios de la actora en labores de aseo, acatando las instrucciones de la representante de la accionada, y usando por el desarrollo de sus labores los elementos que le suministró la pasiva, sin que se pudiera evidenciar con total certeza la autonomía e independencia de la actora para desarrollo su labor.

Ahora bien, en cuanto a los extremos de dicha relación laboral adujo la Juez de primer grado que no era posible establecer tal aspecto del acervo probatorio. Así las cosas, se memora que la actora afirmó que prestó sus servicios a la accionada desde el 9 de julio de 2011 hasta el 11 de noviembre de 2016.

Sobre dicho tópico, encuentra esta Corporación que la representante legal de la accionada adujo en la declaración de parte que rindió, que la demandante efectuaba las labores de aseo en ALL STONES S.A.S. desde septiembre de 2011,

asimismo, a la pregunta de si del año 2011 a 2016 podía enviar a otra persona a realizar su actividad, dijo que era posible, sin que objetar tales extremos, lo que quiere decir que hasta esta última calenda se mantuvo la prestación de servicios de la gestora a esa sociedad, agregando que cuando terminó el vínculo las cuentas de cobro quedaron al día.

Argumentos que se refuerzan con el testimonio del señor César Augusto Guevara Ocampo, quien dijo que laboró para la demandada desde septiembre de 2011 por espacio de un año y ocho meses, es decir, aproximadamente hasta mayo de 2013, lapso en el que vio a la actora laborando en ese lugar.

Igualmente, la testigo Mari Yolanda Sánchez Aguilar dijo que inició labores con la encartada desde septiembre de 2016 a enero de 2019 como asistente administrativa, y que la demandante efectuó labores de aseo en ese lugar hasta noviembre del mismo año en que ingresó, esto es, 2016.

Por su parte, la testigo Graciela Contreras Guacaneme, quien dijo ser hermana de la representante legal de la demandada refirió que laboró para esa empresa aproximadamente desde finales de septiembre de 2011 hasta mediados de 2015 en el área de ventas y que permanecía cuatro días a la semana y conoció a la actora porque todo el tiempo que estuvo, hacía las labores de aseo y que cuando ella se desvinculó de ALL STONE S.A.S., la demandante seguía en ese lugar.

Acorde con lo anterior, para la Sala es posible concluir que la demandante por lo menos prestó sus servicios a la encartada de septiembre de 2011 hasta el 10 de noviembre de 2016, fecha final que se establece del comprobante de pago obra a folio 63 de plenario (archivo 01), el cual tuvo en cuenta la *a-quo* al examinar la pruebas que se recaudaron como ya se dijo, lo que a su vez, se soporta con la versión de Mari Yolanda Sánchez Aguilar quien laboró como asistente administrativa en la accionada y dijo que la actora estuvo en ese lugar hasta noviembre de 2016.

Ahora, frente al día especifico en que la gestora comenzó labores en septiembre al no tenerse claridad sobre ese particular y con apoyo en la

jurisprudencia traída a colación previamente, se tendrá que comenzó a laborar el 30 de septiembre de 2011, por lo tanto, se puede determinar que la relación laboral de la actora con la enjuiciada estuvo vigente entre el 30 de septiembre de 2011 y el 10 de noviembre de 2016, precisándose que si bien la promotora mencionó que su hija la reemplazó en sus labores en diciembre de 2014, al no tenerse claridad sobre esa situación, no es posible hablar de una interrupción del contrato. En consecuencia, habrá de declararse que la actora estuvo vinculada con la demandada por medio de un contrato de trabajo a término indefinido del 30 de septiembre de 2011 al 10 de noviembre de 2016.

De la periodicidad de la prestación de los servicios y el salario devengado:

En este punto, es menester determinar la periodicidad con la que la actora prestaba sus servicios de forma mensual a la accionada, pues desde el escrito inaugural sostuvo que laboró de lunes a viernes de 12:00 p.m. a 3:00 p.m., esto es, cinco días a la semana, tres horas diarias.

Sin embargo, el testigo Luis Jacinto Ferrucho dijo que él estaba en las instalaciones de la demandada de dos a cuatro días a la semana y que la actora llegaba en las tardes y que la veía de manera periódica. A su vez, el testigo Cesar Augusto Guevara Ocampo dijo que la promotora llegaba sobre las 11:00 y 11:30 am y se iba a las 3:00 o 3:30 p.m. de lunes a viernes.

Mari Yolanda Sánchez Aguilar expuso que la demandante iba dos o tres veces a la semana y que no tenía un horario especifico, y demoraba dos o tres horas en sus labores. Por su parte, la Graciela Contreras Guacaneme narró que la actora iba dos o tres días a la semana por espacio de una hora, que llegaba a las 11:00 a.m. y se iba a 12:15 p.m. y que cuando arribaba a las 2:00 pm se iba a las 3:00 p.m. Por último, en su declaración Mónica Evidalia Hernández Contreras dijo que a razón de que laboró en Mármoles, Artesanía y Figuras, conocía que la actora laboraba en ALL STONE S.A.S. en un horario contrario al que prestaba sus servicios en la primera sociedad, en donde permanecía de 8:00 a.m. a 11:30 a.m. haciendo aseo.

De tales versiones, lo que puede deducir es que por lo menos la actora prestó sus servicios tres días a la semana, según lo expusieron Mari Yolanda Sánchez Aguilar y Graciela Contreras Guacaneme, por espacio de tres horas diarias conforme dijo la primera, pues si bien César Augusto Guevara Ocampo dijo que laboraba de lunes a viernes, no puede soslayarse que él solo presto sus servicios a la accionada de septiembre de 2011 a mayo de 2013 y Luis Jacinto Ferrucho quien asesoró en labores contables a la sociedad accionada por espacio de año o año y medio sin precisar fechas, y que concurría de dos a cuatro días a la semana a sus instalaciones, en donde veía a la actora.

En virtud de lo anterior, y de acuerdo a lo normado en el artículo 161 del C.S.T., modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990, que señala que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, excepto las excepciones allí consagradas; es posible concluir que la actora laboró para la demandada como ya se dijo tres días a la semana, tres horas diarias, es decir, que a la semana laboró nueve (9) horas, lo que arroja treinta y seis (36) al mes.

En cuanto al salario que devengó la activa, ésta dijo que en su declaración que inicio con $11.000 diarios y que finalizó con un pago de $17.000, monto este último que aceptó la pasiva en el interrogatorio de parte, oportunidad en la que sostuvo que el promedio de lo que devengó en el último año la accionante fue de $17.000.

Así las cosas, y ante la falta de certeza sobre el salario realmente devengado por la promotora para los años 2011 a 2015, se tomará el valor del salario mínimo mensual legal vigente para esas anualidades en porción de las horas laboradas al mes, en cuanto al año 2016 se tomará como valor diario por las tres horas laboradas la suma de $17.000, así:

					No. HORAS LABORADAS			
AÑO	AUXILIO TRANSPORTE	SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE	SALARIO MÍNIMO DIARIO	VALOR HORA DIARIA	DIA	SEMANA	MES	VALOR SALARIO MENSUAL POR HORAS LABORADAS
2011	63.600,00	$ 535.600,00	$ 17.853,33	2.231,67	3	9	36	80.339,99
2012	67.800,00	$ 566.700,00	$ 18.890,00	2.361,25	3	9	36	85.005,00
2013	70.500,00	$ 589.500,00	$ 19.650,00	2.456,25	3	9	36	88.425,00
2014	72.000,00	$ 616.000,00	$ 20.533,33	2.566,67	3	9	36	92.399,99
2015	74.000,00	$ 644.350,00	$ 21.478,33	2.684,79	3	9	36	96.652,49
2016			$ 17.000,00	5.666,67	3	9	36	204.000,00

Por tanto, se declarará que la promotora devengó como salario mensual para el año 2011 la suma de $80.339,99, $85.005,00 en 2012, $88.425,00 en 2013, $92.399,99 en 2014, $96.652,49 en 2015 y en 2016 la suma de $204.000.

Prescripción:

Establecido lo anterior y dado que la encartada propuso la excepción de prescripción, se encuentra que la actora aporta citación a diligencia de conciliación a la accionada adiada el 25 de abril de 2018, junto con factura de envío (f. 19 a 23 archivo 01); sin embargo, esos documentos no permiten tener certeza de que efectivamente la pasiva se haya enterado de la diligencia a la que fue citada, y que de ese modo se haya interrumpido la prescripción, como se ha expuesto entre otras, en sentencia SL639-2021.

Así las cosas, se tiene que la relación laboral finalizó el 10 de noviembre de 2016 y la demanda fue interpuesta el 27 de junio de 2018 (f. 2 archivo 01), en consecuencia, se encuentran prescritas las acreencias reclamadas con anterioridad al 27 de junio de 2015, excepto las cesantías.

De las acreencias laborales reclamadas:

Sobre este punto, es del caso recordar que la impugnante en la alzada si bien solicita se concedan todos los derechos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo. En esa medida, solo se analizarán las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, al valor del salario antes establecido se le adicionará lo correspondiente al auxilio de transporte en proporción a los días laborados por mes para liquidar tales prestaciones, excepto para las vacaciones. De ese

modo, al haberse determinado que la gestora laboró tres (3) días, ello arroja doce (12) días al mes, por tanto, se tiene para el caso de las primas y los intereses a las cesantías los siguientes valores.

Como es sabido las cesantías se causan a la finalización de la relación laboral, lo que arroja por tal concepto por todo el tiempo laborado, la siguiente suma:

AÑO	DIAS	VALOR SALARIO MENSUAL POR HORAS LABORADAS	PROPORCIÓN DIAS AUXILIO DE TRANSPORTE	TOTAL	CESANTÍAS
2011	91	80.339,99	25.440,00	105.779,99	26.738,83
2012	360	85.005,00	27.120,00	112.125,00	112.125,00
2013	360	88.425,00	28.200,00	116.625,00	116.625,00
2014	360	92.399,99	28.800,00	121.199,99	121.199,99
2015	360	96.652,49	29.600,00	126.252,49	126.252,49
2016	310	204.000,00	31.108,00	235.108,00	202.454,11
				TOTAL	**705.395,41**

En consecuencia, se condena a la demandada a pagar a la actora la suma $705.395.41 por concepto de cesantías.

De igual manera, por auxilio de transporte desde el 27 de junio de 2015 al 10 de noviembre de 2016, arroja un total de $1.257.490, de la siguiente manera:

AÑO	DIAS	AUXILIO DE TRANSPORTE DIARIO (12 DÍAS AL MES)	TOTAL
2015	184	2.466,67	453.867
2016	310	2.592,33	803.623
	TOTAL	5.059,00	1.257.490

Respecto a los intereses a las cesantías y la prima de servicios que se causaron desde el 27 de junio de 2015 al 10 de noviembre de 2016:

AÑO	DIAS	INTERESES A LAS CESANTÍAS	PRIMA DE SERVICIOS
2015	184	7.743,49	64.529,05
2016	310	20.920,26	202.454,11
	TOTAL	28.663,74	266.983,16

Visto lo anterior, se condena a la accionada a pagar por concepto de intereses a las cesantías la suma de $28.663.74 y por prima de servicios $266.983.16.

Sobre las vacaciones se tiene que las causadas en periodos anteriores al 30 de septiembre de 2014 se encuentran prescritas, ello en consonancia con lo explicado en sentencia SL3345 de 2021, lo que arroja un valor de $215.616.67 por tal concepto, emitiéndose condena en tal sentido.

En lo relativo a la indemnización por despido sin justa causa, se tiene que por activa no se acreditó el hecho del despido, requisito indispensable para la prosperidad de esta pretensión, ello en tanto ninguna de las pruebas recabadas en el plenario, dieron cuenta que el contrato finiquitará por una decisión unilateral de la empleadora, narrándose que fue la accionante quien señaló que no volvería a prestar el servicio.

De otra parte, al no haberse solucionado aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, se accederá al pago del respectivo cálculo actuarial, a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliada la accionante o a la que elija para el cumplimiento de esta providencia.

Finalmente, respecto de las sanciones correspondientes a la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 65 del C.S.T., estima la Sala que no se advierte un actuar de mala fe patronal; ello en tanto se esgrimió la inexistencia de un contrato de trabajo, siendo el servicio prestado por horas y en algunos días de la semana, aunado a ello que la actora laboraba en otra empresa, lo cual permite establecer que existían motivos fundados que llevaban a la convicción de la empleadora de no estar atadas por una relación laboral, más aún cuando se alegaba por activa la prestación del servicio durante todos los días de la semana, hecho que no fue acreditado.

En virtud de lo anterior, se revocará la sentencia de primer grado por las razones antes expuestas. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Para en su lugar, declarar que entre la demandante y la demandada ALL STONE S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 30 de septiembre de 2011 y el 10 de noviembre de 2016, siendo su último salario mensual la suma de $204.000, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las acreencias causadas con anterioridad al 27 de junio de 2015, conforme lo explicado en precedencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada pagar a la actora las siguientes sumas, las cuales deben ser indexadas al momento de su pago:

a. $705.395.41 por concepto de cesantías.
b. $28.663.74 por intereses a las cesantías
c. $266.983.16 por prima de servicios
d. $215.616.67 por vacaciones
e. $1.257.490 por auxilio de transporte.
f. El cálculo actuarial con destino a la AFP que elija la accionante, por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, entre el 30 de septiembre de 2011 y el 10 de noviembre de 2016, por los salarios expuestos en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a la convocada a juicio de las demás pretensiones elevadas en su contra, por los motivos antes señalados.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia serán a cargo de la parte demandada y a favor de la actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **19 2022 00001 01**
Demandante:	EVELIO ALBERTO CARRILLO MANCERA
Demandados:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. en contra de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2023 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EVELIO ALBERTO CARRILLO MANCERA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., y que se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido por

motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos como; rendimientos financieros, intereses y gastos de administración. Además, se condene a COLPENSIONES a validar todos los aportes en pensión que traslade COLFONDOS y actualice su historia laboral, finalmente, solicita se condene en costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que fue trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de noviembre de 2002, sin embargo, pese a suscribir el contrato de traslado al RAIS se omitió la obligación del buen consejo por parte de ese régimen al no brindarle una información clara y completa sobre los beneficios, contras y consecuencias del traslado. De otro lado, agregó que el 9 de diciembre de 2021 solicitó al fondo privado información de su pensión y la aceptación del traslado de régimen, misma calenda en la que solicitó a COLPENSIONES su traslado al régimen que administra, peticiones que fueron denegadas. (f. 1 a 3 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que la afiliación del actor a ese régimen se presentó en virtud de su derecho a la libre escogencia de fondo de pensiones, siendo el RAIS su elección. Además, los asesores comerciales de ese fondo le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características de ese régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, y el de retracto y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Como excepción formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones

obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (f. 4 a 24 archivo 04)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas por el demandante, aduciendo que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, afirmación a la que se arriba por cuanto de los elementos materiales de prueba que se pretenden hacer valer en juicio, no se observa alguno que permita acreditar la configuración de algún elemento del presunto error o falta al deber de información por parte de COLFONDOS S.A.

Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 2 a 36 archivo 05).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de septiembre de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor EVELIO ALBERTO CARRILLO MANCERA, identificado con C.C N° 3.911.329, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad realizado por la AFP COLFONDOS S.A DE PENSIONES Y CESANTIAS, identificada con NIT N° 800.149.496-2, el día 20 de septiembre de 2002, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 25 de octubre de 1989, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. DE PENSIONES Y CESANTIAS, quien actualmente administra los aportes del demandante a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante una vez reciba las sumas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Se condena en costas a la demandada COLFONDOS.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia mencionó los artículos 60, 61 y 145 del C.P.T. y de la S.S., los artículos 164, 165 y 167 del C.G.P., y 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, entre otros. A su vez, señaló que la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha sostenido sobre los traslados de regímenes pensionales, que son las administradoras las encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria mediante la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales, de modo tal, que le permitan elegir la entidad que más le favorezca según su situación pensional.

Explicó que la carga de la prueba en estos casos se invierte, por tratarse de un supuesto negativo, de tal suerte que le corresponde a la AFP acreditar que sí cumplió con su deber de información, máxime cuando está en mejor posición de probar. En ese orden, encontró que la AFP COLFONDOS S.A. no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que le informó al afiliado sobre las implicaciones, requisitos, condiciones, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, aunado a que tampoco se allegó el formulario de afiliación

mediante el cual se afilió el promotor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Circunstancia por la cual, declaró la ineficacia del traslado y ordenó a la referida COLFONDOS S.A., AFP proceda con la devolución a COLPENSIONES de las sumas que obran en la cuenta del actor, junto con los demás conceptos que señaló en la sentencia debidamente indexados o actualizados. Finalmente declaró no probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, expuso que la falta al deber de información no se acreditó, sin embargo, la Juez de instancia obvio tal situación, máxime cuando ese fondo no participó en el proceso de afiliación como lo expuso el demandante, además no tiene claras los beneficios que le ofrecería el régimen de prima media y si le sería más beneficioso permanecer el fondo privado. Igualmente, la *a quo* desbordó sus competencias al condenar a la indexación sin tener en cuenta el déficit fiscal que con esta clase de decisiones se abre camino. Frente a la orden de devolución de los gatos de administración y seguros previsionales paso por alto que tales descuentos proceden por disposición legal, y no estudió la excepción de compensación en relación con los rendimientos, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

COLPENSIONES en la alzada, adujo que no tuvo nada que ver en el acto jurídico que se discute, por lo que no se le pueden imponer carga alguna al respecto, frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, agregando que la sentencia atacada afecta el principio de sostenibilidad financiera. Sin embargo, solicita que en caso de mantenerse las condenas impuestas en primer grado se ordene la devolución de los rubros que se indican en la sentencia SL623 de 2023.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la*

jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a

consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso brilla por su ausencia el formulario de afiliación por medio del cual el actor se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 20 de septiembre de 2002 por medio de COLFONDOS S.A., sin embargo, del reporte SIAPF se puede evidenciar tal hecho y que la vinculación se hizo efectiva el 1º de noviembre de 2002. (f. 25 archivo 04)

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

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del demandante EVELIO ALBERTO CARRILLO MANCERA, quien expuso que estando al servicio de Baños Turcos Paraíso los hicieron cambiar de fondo sin explicarles la diferencia entre el fondo público y el privado, y firmaron el documento pues de lo contrario perdían el trabajo lo cual sucedió en 2002, enfatizando que no sabía que estaba cambiando de fondo de pensiones.

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2002, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor, pues lo afilió sin constatar el cumplimiento de tal deber, sin que en nada desdiga el cabal cumplimiento de esa obligación, el hecho de no haber estado presente un asesor del fondo al momento del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se

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

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

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

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que

trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

> *"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados"* (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que las sumas que debe indexar COLFONDOS S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima. En lo demás, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2023 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que debe indexar COLFONDOS S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES corresponden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARA VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 19 2022 00001 01 DE EVELIO ALBERTO CARRILLO MANCERA contra COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

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

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 21 2021 00595 01**
Demandante:	GLORIA VIRGINIA GIL VACA y MERCEDES MORENO REYES
Demandado:	COLPENSIONES y UGPP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, identificada con cédula de ciudadanía 1.073.680.314 y T.P. 215.205 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 28 de abril de 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Las señoras GLORIA VIRGINIA GIL VACA y MERCEDES MORENO REYES promovieron demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP y COLPENSIONES, a fin de declararse que son beneficiarias de la convención

colectiva de trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y SINTRASEGURIDAD SOCIAL en los términos de los artículos 2 y 98 de dicho acuerdo convencional.

Por consiguiente, se condene a COLPENSIONES a pagar la pensión convencional junto con el retroactivo, así como que la UGPP gire a COLPENSIONES los dineros que hagan falta para el reconocimiento de la prestación, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita* y costas procesales.

Subsidiariamente, se condene a la UGPP al pago de la pensión convencional junto con el retroactivo, siendo COLPENSIONES quien gire a la UGPP los dineros que hagan falta para el reconocimiento de la prestación, indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL existió una convención colectiva de trabajo la cual se encuentra vigente.

Que los artículos 2, 98 y 101 del acuerdo convencional consagran la pensión de jubilación, que regula para el caso de las mujeres acreditar 20 años de servicios y 50 años de edad.

Expusieron que en su caso se presentaron las siguientes situaciones:

_ La demandante señora GLORIA VIRGINIA GIL VACA adujo que nació el 14 de marzo de 1955, ingresando a laborar al extinto ISS el 5 de agosto de 1981, por lo que ostentó más de 20 años de servicios al 31 de julio de 2010, adicional al hecho que a través de Resoluciones No. 025468 del 26 de julio de 2011 y VPB 65284 del 7 de octubre de 2015 respectivamente, le fue reconocida pensión de vejez y reliquidación de la misma.

_ La demandante señora MERCEDES MORENO REYES arguyó que su fecha de nacimiento lo fue el 31 de julio de 1960, ingresando a laborar al extinto ISS el 7 de septiembre de 1989, por lo que ostentó más de 20 años de servicios al 31 de julio de 2010, al igual que mediante Resolución SUB 116688 del 30 de abril de 2018 le fue reconocida pensión de vejez.

En últimas, refirieron que elevaron las correspondientes reclamaciones administrativas ante las encartadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que las demandantes no acreditaron los requisitos del artículo 98 convencional para ser beneficiarias de la pensión de jubilación en el año 1995, sumado a que para dicha data no se encontraba vigente la convención según los lineamientos trazados por la Corte Constitucional.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

COLPENSIONES por su parte adujo en su contestación que no existe ninguna obligación de su parte en lo que respecta a los derechos pensionales perseguidos por las demandantes, toda vez que es la UGPP quien asumió la administración de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el extinto ISS en su calidad de empleador de conformidad con lo establecido en los Decretos 2013 de 2012, Decreto 1388 de 2013 y Decreto 300 de 2013.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria,

prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de abril de 2023 absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo objeto de reproche y suscrita en la vigencia 2001 - 2004, en concordancia con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la convención venía rigiendo, de allí que su campo de aplicación temporal lo fuese hasta la anualidad 2017 según lo dispuesto en el mentado artículo 98 convencional.

Seguidamente, explicó los requisitos propios del derecho prestacional, por lo que arguyó que para adquirir la prestación en el caso de las mujeres se debía acreditar 20 años de servicios en calidad de trabajadora oficial continuos o discontinuos, siendo que el cumplimiento de los 50 años de edad simplemente era un presupuesto de exigibilidad, mas no para el reconocimiento.

En tal sentido, coligió que en lo que respecta al tiempo de servicios necesarios para el reconocimiento pensional respecto de la señora GLORIA VIRGINIA GIL VACA, está certificado que laboró al servicio del ISS por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1995 y el 25 de junio de 2003 en calidad de trabajadora oficial en el cargo de ENFERMERA un total de 8 años, 3 meses y 24 días.

De otra parte, adujo que teniendo en cuenta el artículo 101 de la convención, esto es, acumular 20 años de servicios en distintas entidades en calidad de trabajadora oficial, la actora laboró al servicio de la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE SALUID DE ARAUCA en tiempos no continuos entre el 5 de agosto de 1981 y el 1º de junio de 1983 desempeñando el cargo de ENFERMERA II en calidad de empleada pública de conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 1848 de 1969. En igual orientación, mencionó que lo mismo sucedía sobre los tiempos laborados en la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DISTRITAL entre el 23 de julio de 1984 y el 30 de noviembre de 1988 desempeñando el cargo de ENFERMERA JEFE, lo laborado en el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS por el periodo entre el 17 de junio de 1991 y el 4 de mayo de 1992 desempeñando los cargos de ENFERMERA JEFE DIURNO y ENFERMERA JEFE NOCTURNO y para la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EN LIQUIDACIÓN entre el 16 de noviembre de 1989 y el 11 de julio de 1990 desempeñando el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 3020 GRADO 3, ello como quiera que de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003, son trabajadores oficiales en dichas entidades quienes desempeñen cargos no directivos como los de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, labores que no fueron las desempeñadas por la actora.

En lo que acontece en el tiempo al servicio de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO LUIQUIDADA desde el 26 de junio de 2003 hasta el 3 de enero de 2008 desempeñando el cargo de ENFERMERA, allí también la actora ostentó el cargo de empleada pública, puntualizando que aquellas personas que laboraron en el ISS y que pasaron a las Empresas Sociales del Estado solamente puede predicarse una sustitución patronal, pero para quienes se trasladaron en calidad de trabajadores oficiales sin solución de continuidad que no fue lo que sucedió frente a la actora; circunstancia por la cual, al no acreditar el tiempo necesario para acceder a la prestación absolvió sobre sus súplicas.

Frente a la demandante señora MERCEDES MORENO REYES, expuso la *a-quo* que dentro del plenario que la actora laboró al servicio del ISS como trabajadora oficial desde el 1º de abril de 1997 hasta el 25 de junio de 2003 desempeñando el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS, equivalente a 6 años, 2 meses y 24 días, interregno que no suma los 20 años exigidos para acceder al derecho pensional según los preceptos del artículo 98 convencional.

Que teniendo en cuenta el artículo 101 convencional, también se acreditó que la demandante laboró al servicio del ISS entre el 29 de agosto de 1989 y el 31 de marzo de 1997 en calidad de empleada pública desempeñando el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS, por lo que no puede tenerse en cuenta dicho interregno para cómputo de la pensión convencional, misma situación que sucede con los tiempos laborados al servicio del HOSPITAL SANTA CLARA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO entre el 29 de septiembre de 1986 y el 11 de septiembre de 1989 en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA toda vez que fue empleada pública de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003 que dispone ser trabajadores oficiales cargos no directivos destinados al mantenimiento y la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Refirió que tampoco puede acogerse el tiempo laborado en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALÁN SAMIRENTO HOY LIQUIDADA entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de mayo 2009 en la medida que también ostentó la calidad de empleada pública en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS, situaciones todas por las que absolvió el derecho pensional deprecado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión las demandantes la apelaron. Indicó en su alzada que el Juzgado *a-quo* llevó a cabo un análisis pormenorizado de los tiempos de servicios de cada una; no obstante, solicitan a este Tribunal analizar los dispuesto en los artículos 98 y 101 de la convención colectiva de trabajo como quiera que, la operadora de instancia interpretó que para la acumulación del

tiempo de servicios para adquirir el derecho pensional únicamente proceden los laborados en calidad de trabajador oficial.

Que lo anterior resulta contradictorio con lo expuesto en el artículo 101 del texto convencional, en la medida que el articulado en mención únicamente determina para acceder al derecho la acumulación de tiempos de servicios en otras entidades públicas, sin que fuese requisito que esa acumulación lo fuese exclusivamente como trabajador oficial.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por las demandantes, la Sala deberá analizar principalmente si los tiempos laborados por las señoras GLORIA VIRGINIA GIL VACA y MERCEDES MORENO REYES, pueden ser tenidos en cuenta para el reconocimiento del derecho pensional convencional al tenor de lo dispuesto en los artículos 98 y 101 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL 2001-2004.

De prosperar las inconformidades de la demandante, deberá analizarse en su integridad el derecho deprecado.

c. Del caso en concreto:

Es menester que para el análisis del caso *sub examine*, se ponga de presente que en ningún momento las demandantes reprocharon los tiempos laborados al servicio de las diferentes entidades financieras, en los siguientes términos:

_ La señora GLORIA VIRGINIA GIL VACA laboró: **(i)** laboró al servicio del ISS por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1995 y el 25 de junio de 2003 en calidad de trabajadora oficial en el cargo de ENFERMERA un total de 8 años, 3 meses y 24 días, **(ii)** al servicio de la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE SALUID DE ARAUCA en tiempos no continuos entre el 5 de agosto de 1981 y el 1º de junio de 1983 desempeñando el cargo de ENFERMERA II en calidad de empleada pública de conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 1848 de 1969, **(iii)** en la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DISTRITAL entre el 23 de julio de 1984 y el 30 de noviembre de 1988 desempeñando el cargo de ENFERMERA JEFE como empleada pública, **(iv)** en el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS por el periodo entre el 17 de junio de 1991 y el 4 de mayo de 1992 desempeñando los cargos de ENFERMERA JEFE DIURNO y ENFERMERA JEFE NOCTURNO, **(v)** para la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EN LIQUIDACIÓN entre el 16 de noviembre de 1989 y el 11 de julio de 1990 desempeñando el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 3020 GRADO 3 como empleada pública y, **(vi)** en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO LUIQUIDADA desde el 26 de junio de 2003 hasta el 3 de enero de 2008 desempeñando el cargo de ENFERMERA como empleada pública.

_ La señora MERCEDES MORENO REYES laboró: **(i)** al servicio del ISS como trabajadora oficial desde el 1º de abril de 1997 hasta el 25 de junio de 2003 desempeñando el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS equivalente a 6 años, 2 meses y 24 días, **(ii)** al servicio del ISS entre el 29 de agosto de 1989 y el 31 de marzo de 1997 en calidad de empleada pública desempeñando el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS, **(iii)** al servicio del HOSPITAL SANTA CLARA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO entre el 29 de septiembre de 1986 y el 11 de septiembre de 1989 en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA en su calidad de empleada pública.

En resumidas cuentas, las demandantes señoras GLORIA VIRGINIA GIL VACA y MERCEDES MORENO REYES laboraron en su calidad de trabajadoras oficiales entre el 1º de marzo de 1995 y el 25 de junio de 2003 y entre el 1º de abril de 1997 y el 25 de junio de 2003 respectivamente, tiempo que en ambos casos no supera los 20 años de servicios propios de la calidad de trabajador oficial.

d. De los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo objeto de reproche suscrita en el año 2001 entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL para acceder a la pensión extralegal por parte de la encartada UGPP:

Así las cosas, es preciso traer a colación la disposición convencional que regula la pensión de jubilación aquí reclamada, esto es el artículo 98, que reza:

> "***El Trabajador Oficial*** *que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de los percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:*
>
> *(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual percibido en los dos últimos años de servicio.*
> *(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
> *(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*
>
> *Para estos efectos se tendrá en cuenta los siguientes factores de remuneración:*
>
> *a. Asignación básica mensual*
> *b. Prima de servicios y vacaciones*
> *c. Auxilio de alimentación y transporte*

d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
e. Valor del trabajo en dominicales y feriados

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.

PARÁGRAFO 1: El Instituto de oficio o a solicitud de parte interesada a través de sus dependencias de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial hará los estudios técnicos que se requieran para determinar ambientes de especial peligrosidad a la salud de los Trabajadores oficiales y tomará las medidas necesarias para corregir y prevenir los riesgos, modificando si fuere necesario los parámetros señalados en materia de pensiones de jubilación por las normas establecidas en la Convención vigente.

PARÁGRAFO 2: Fondo de Reservas para el pago de Pensiones para los Trabajadores del ISS. El Instituto constituirá durante el primer año de vigencia de la presente Convención un fondo para el pago de pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes actuales y futuras.

Este fondo se manejará como una cuenta especial en la que se consignarán las apropiaciones presupuestales anuales respectivas y los correspondientes rendimientos financieros, los cuales harán parte de dichos fondos.

PARÁGRAFO 3: Quienes hayan cumplido o cumplan los requisitos de tiempos de servicios y edad a treinta y uno de diciembre de 2001, su pensión se liquidará con las reglas previstas en el artículo 95 de la Convención vigente a treinta y uno de octubre de 2001 (Respecto a Derechos Adquiridos) Las personas a quienes se les aplique esta disposición podrán continuar desempeñando su cargo hasta la fecha que lo estimen pertinente.

PARÁGRAFO 4: El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el ISS y Sintraseguridadsocial, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación".

En tal sentido, bajo esta égida, palmario resulta que el artículo 98 convencional dispone que uno de los requisitos para acceder al derecho pensional es

acreditar los 20 años de servicios continuos o discontinuos como trabajador oficial, independientemente del genero perseguido por la persona; circunstancia por la cual, de entrada advierte la Sala que ninguna de las demandantes cuenta con el tiempo de servicios en calidad de trabajadora oficial por 20 años, pues se itera, en esa calidad el tiempo fue el siguiente:

_ La señora GLORIA VIRGINIA GIL VACA laboró al servicio del ISS por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1995 y el 25 de junio de 2003 en calidad de trabajadora oficial en el cargo de ENFERMERA un total de 8 años, 3 meses y 24 días.

_ La señora MERCEDES MORENO REYES al servicio del ISS como trabajadora oficial desde el 1º de abril de 1997 hasta el 25 de junio de 2003 desempeñando el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS equivalente a 6 años, 2 meses y 24 días.

e. De los requisitos contemplados en el artículo 101 de la Convención Colectiva de Trabajo objeto de reproche suscrita en el año 2001 entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL para acceder a la pensión extralegal por parte de la encartada UGPP

Ahora bien, las demandantes determinaron su reproche en el recurso de alzada en el hecho de que el artículo 101 de la convención permite la acumulación de tiempos en distintas entidades, independientemente de la catalogación de la labor desarrollada, esto es, empleado público o trabajador oficial.

Al respecto, el artículo 101 de la convención:

> *"**ARTÍCULO 101. ACUMULACIÓN DE TIEMPOS DE SERVICIOS***
>
> *Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo del*

tiempo requerido para poder tener derecho a pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades.

En este caso, la cuantía de la pensión será del 75% del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario.

Bajo este entendimiento, resulta poner de presente que la alta Corporación también efectuó un análisis de los artículos 98 y 101 del texto convencional objeto de reproche, coligiendo que, para efectos de la pensión de jubilación, únicamente pueden ser tenidos en cuenta aquellos laborados como trabajador oficial, así lo expuso en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022:

"*Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego, otros servicios prestados al ISS, en virtud de otras formas de vinculación, no pueden generar el acceso a tal prestación. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial:*

[…] tal como lo consideró la juez, no se acreditó que la demandante hubiera servido al ISS Sociales durante 20 años continuos o discontinuos.

En efecto, conforme a la certificación de folio 74 del expediente, la señora Forero Pinilla laboró al servicio del extinto ISS en los siguientes períodos:

INGRESO	*RETIRO*	*VINCULACIÓN*	*DÍAS*
22 – FEB - 1995	*21 – FEB -1996*	*PROVISIONAL*	*360*
22 - FEB - 1996	*21 – ABR -1996*	*PROVISIONAL*	*60*
31 -MAY - 1996	*30 - SEP - 1996*	*PROVISIONAL*	*120*
04 – OCT- 1996	*03 – FEB -1997*	*PROVISIONAL*	*120*
04 -FEB- 1997	*31 – MAR -2015*	*CTO. TRABAJO*	*6.536*
			7.196

Además, si en gracia de discusión se admitiera que la entidad accionada confesó al responder el hecho segundo de la demanda que los extremos de la relación laboral fueron el 22 de febrero de 1995 y el 31 de marzo de 2015, lo cierto es que negó que hubiera prestado sus servicios por más de 20 años, pues así se desprende de la respuesta dada al hecho cuarto del mismo escrito.

Al revisar la certificación aludida, se puede constatar que sólo a partir del 4 de febrero de 1997 la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial, que es la que eventualmente le hubiera dado derecho a recibir la pensión de jubilación convencional que reclama, y que entre el 22 de febrero de 1995 y el 3 de febrero de 1997, estuvo vinculada al ISS mediante nombramiento provisional, esto es, como empleada pública.

Sobre el asunto, en la sentencia CSJ SL678-2020 esta Sala razonó de la siguiente manera:

Pero hay más. La promotora del proceso tampoco probó haber laborado al menos 20 años en condición de ***trabajadora oficial****, durante todo el tiempo de servicios.*

En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del ***11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública****, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo. Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: "****El Trabajador oficial*** *que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (…)".*

En consecuencia solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.

Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia ***05001233100020080089201 (15312012), proferida el 14 de diciembre de 2015:***

«[…] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las "convenciones colectivas de trabajo" previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»

En los términos de la sentencia traída a colación, los servicios que prestó Patricia Bustos Rosales como servidora vinculada a través de vínculo legal

y reglamentario (f.º 65, cuaderno de primera instancia) no pueden sumarse a los que prestó como trabajadora oficial. Téngase en cuenta que el embate reconoce que la recurrente no fue trabajadora oficial entre las fechas ya consignadas a lo largo de esta sentencia. Por ende, el Tribunal no cometió los dislates fácticos relativos a la situación pensional de la accionante, porque a falta de esos tiempos laborados como empleada pública —que según el folio últimamente indicado fueron 20 meses—, ella no alcanzó a acumular 20 años de servicios, de manera que, en ese aspecto, no puede casarse la sentencia.

Tampoco considera la Sala que la integración del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 revierta la decisión del Tribunal, pues es una cláusula que regula una situación diferente de la que aquí se debate, esto es, cuando un trabajador oficial del ISS pretende sumar tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público, que no fue lo invocado desde la demanda inicial.

Ni siquiera es posible darle el alcance que a esta última norma le quiere otorgar la casacionista, cuando dice que la lectura conjunta de los artículos 98 y 101 de la convención permite entender que se pueden sumar tiempos servidos en condición distinta a la de trabajadora oficial, dado que una cosa es que en la convención se acordó aprovechar vinculaciones con terceros para causar la pensión, pero eso no significa que la empleadora y el sindicato hayan acordado que otras «calidades» de servicios prestados a la misma entidad pudieran ser tenidas en cuenta. Esta es una deducción de la casacionista que carece de soporte, pues no es un acuerdo que emerja del texto del artículo convencional. *" (Subrayado por la Sala).*

Bajo este escenario, resulte improcedente el argumento de las demandantes para permitir la acumulación de los tiempos laborados como empleadas públicas para el reconocimiento de la prestación convencional, por lo que la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que el recurso de alzada no gozó de vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, a favor la parte demandada, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **24 2021 00090 01**
Demandante:	ESPERANZA PEÑA PINILLA
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada DIANA LEONOR TORRES ALDA, identificada con cédula de ciudadanía 1.069.733.703 y T.P. 235.865 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ESPERANZA PEÑA PINILLA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare que nació el 28 de septiembre de 1963, que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y se trasladó de régimen pensional el 14 de septiembre de 2000 a través de PORVENIR S.A., sin ser beneficiaria del régimen de transición, que se trasladó horizontalmente con posterioridad, que solicitó la nulidad del traslado a las encartadas y que es nulo o ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó.

Consecuencialmente, pretende se condene a COLPENSIONES a retornarla al régimen que administra y a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas que obren en su cuenta individual de ahorro, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con los rendimientos causados como lo dispone el artículo 1746 del C.C., además, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 28 de septiembre de 1963, estuvo afiliada al régimen de prima media a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de septiembre de 2000 a través de PORVENIR, además, expuso que para esa calenda no era beneficiaria del régimen de transición, que el formulario de afiliación fue diligenciado por el asesor del fondo y que posteriormente se trasladó a otras administradoras de pensiones.

Seguidamente, narró que solicitó a las encartadas la nulidad o ineficacia del traslado, sin que obtuviera respuesta de parte de COLPENSIONES quedando así agotada la reclamación administrativa. De otro lado, sostuvo que el fondo privado no le explicó de forma clara, completa y cierta de las implicaciones y consecuencias del traslado de régimen, de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, omitiendo aspectos como la forma en que se obtiene la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual, por lo que no fue informada

al momento de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la afiliación que realizó la demandante a ese fondo fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, permaneciendo de forma voluntaria en ese régimen por más de veinte años, de lo cual dan cuenta los diferentes traslados horizontales que realizó, sin manifestar inconformidad alguna por lo que no procede la ineficacia alegada.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (archivo 07).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que siempre ha actuado de buena fe, y la afiliación de la actora a ese fondo fue libre y voluntaria.

En su defensa propuso como excepciones las 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, 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, la innominada o genérica y traslado de aportes. (archivo 12)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, circunstancia que valida su afiliación a dicho régimen, pues si bien desconoce las circunstancias en las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos

cierto, que si la activa decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información que le brindaron los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aun cuando de los fundamentos fácticos, jurídicos y de las documentales allegadas al plenario no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de octubre de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora ESPERANZA PEÑA PINILLA al RAIS a través de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, la que se materializó a través de la suscripción del formulario de 14 de septiembre de 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora ESPERANZA PEÑA PINILLA nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR., trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ESPERANZA PEÑA PINILLA, como cotizaciones, bonos pensionales, con todo sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa que debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad de capital ahorrado, junto con los*

rendimientos financieros, aportes para el fondo de pensión de garantía mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades conforme a lo motivado.

CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES lo que haya deducido de los aportes efectuados por la demandante, por concepto de gastos de administración debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: SIN CONDENA EN COSTAS.

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: En el evento en que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES, no interponga recurso de apelación contra la presente decisión remítase el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se establecieron dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos y el traslado entre estos, solo podía llevarse a cabo en inicio cada tres años y posteriormente se modificó a cada cinco (5) años, sin que fuera posible trasladarse antes de estar a diez años de la edad de pensión. De otro lado, mencionó que el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace alusión a la información que deben suministrar los fondos a los usuarios para la fecha del traslado, norma vigente para la fecha del traslado de régimen de la actora en el año 2000.

Igualmente, refirió que conforme lo ha adoctrinada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la carga de la prueba es a PORVENIR S.A. a quien le corresponde demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados en lo que respecta a las consecuencias favorables o desfavorables entre uno y otro régimen pensional en atención de la carga de la prueba reglada en el artículo 167 del C.G.P., entendida esta como una información clara, completa y comprensible sobre la trascendencia de su decisión.

Situación que no se logró probar en el evento de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que con el formulario de afiliación no puede entenderse suplida esa carga probatoria y del interrogatorio de parte tampoco se extrae confesión al respecto. Por tanto, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y

dispuso la devolución de saldos, incluyendo de manera indexada lo atinente a gastos de administración, y declaró no probada la excepción de prescripción. Finalmente, absolvió de costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte actora la apeló. Expuso que, si bien está de acuerdo con la sentencia, no sucede lo mismo frente a la absolución frente a las costas, en tanto el artículo 365 del C.G.P. establece su imposición a la parte vencida en juicio con independencia del tipo de proceso, y más si se tiene en cuenta que las administradoras de pensiones se opusieron a las pretensiones del libelo introductorio, por lo que solicita se imparta condena en tal sentido.

PORVENIR S.A. en su alzada sostuvo que no es procedente la condena por indexación, ya que dentro de las obligaciones que tienen las administradoras de pensiones se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, por lo que resulta incompatible tal condena dado que la cuenta de la demandante no se vio afectada por el fenómeno de la inflación, al contrario generó rendimientos, lo cual tiene sustento en sentencia emitida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali que indicó que condenar a la indexación resulta incompatible, ya que cuando se trasladan los rubros a COLPENSIONES está compensando el poder adquisitivo de la moneda.

COLPENSIONES en su apelación refirió que el trasladó de la actora al RAIS a través de PORVENIR s.a. en el año 2000 se dio de manera libre, consciente y voluntaria, prueba de ello es el formulario de afiliación. Agregó que el deber de asesoría y buen consejo ha venido evolucionado con el paso del tiempo y para el año 2000 se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, siendo el único requisito legalmente exigido a los fondos de pensiones el formulario de afiliación, y el deber de información que se ha vuelto más riguroso, sin embargo, para la época en que la actora se trasladó de régimen pensional, no se encontraba vigente y, por ende, no tiene efectos retroactivos.

Así mismo, alegó que los afiliados tiene unos deberes como consumidores financieros los cuales no cumplió la activa al cerciorarse de su escenario pensional, por el contrario ratificó su voluntad pertenecer al RAIS al decidir

trasladarse a diferentes fondos de pensiones y retornar nuevamente a PORVENIR, por lo que en aras de garantizar la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES, no es posible que se beneficie de las condiciones del RPMPD, por tanto, solicita se revoque en su integridad la sentencia de instancia. Empero, en caso contrario solicita se confirme la exoneración de costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de septiembre de 2000 con PORVENIR S.A., a su vez se aportan los formularios por medio de los cuales se afilió a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 22 de abril de 2001 y el 29 de noviembre de 2002, asimismo, se observa que se vinculó a PORVENIR el 29 de abril de 2002 y el 29 de septiembre de 2003 sin que se aportaran esos formularios de afiliación; vinculaciones que según el certificación SIAFP se hicieron efectivas a partir del 1º de noviembre de 2000, el 1º de junio de 2001, el 1º de junio de 2002, el 1º de enero de 2003 y el 1º de noviembre de 2003, cuando nuevamente retornó a PORVENIR S.A. (f. 122 y 123 archivo 07 y f. 42 y 43 archivo 12);

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

Por otra parte, la señora ESPERANZA PEÑA PINILLA en el interrogatorio de parte que rindió, indicó que al momento en que se trasladó de régimen se encontraba laborando para el empleador BANCO CAFETERO, y que en esa época les dijeron que los iban a trasladar a PORVENIR por cuanto el ISS sería liquidado y los fondos privados le ofrecerían una mejor pensión, que estuvo presente un asesor y el formulario ya estaba diligenciado y ella solo lo suscribió, misma situación que ocurrió con sus traslados a PROTECCIÓN antes ING, y que no recibió ninguna asesoría pensional y no leyó el formulario.

La representante legal de PORVENIR S.A. en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que no conoce las circunstancias en las que se dio el traslado de régimen de la gestora.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100

de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción

autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

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

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

En virtud de lo anterior, se revocará la decisión de la Juez de instancia que absolvió de costas y agencias en derecho a las encartadas.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

> *"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados"* (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar y adicionar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera grado, en el sentido de precisar que las sumas que deben indexar PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES aluden a los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez, conceptos todos que deberán devolver dichos fondos. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

Finalmente, debe precisar la Sala que si bien la activa solicita el pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, aspecto sobre el cual la Juez de primer grado no ahondó, lo cierto es, que la parte interesada no manifestó inconformidad alguna en la etapa procesal pertinente, de modo que, por estudiarse el presente asunto en grado jurisdiccional de consulta no se analizará tal aspecto, lo que no obsta para que la gestora una vez se consolide su retorno a dicha administradora eleve la petición del caso para se estudie tal pedimento si a bien lo tiene.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que deben indexar PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES, aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos todos que deberán devolver dichos fondos a COLPENSIONES.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de primer grado que absolvió de condena en costas a las accionadas. Para en su lugar condenar a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. al pago de costas y agencias en derecho de primer grado, las cuales deberá tasar y liquidar el Juzgado de origen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 24 2021 00090 01 DE ESPERANZA PEÑA PINILLA contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

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

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **28 2020 00285 01**
Demandante:	MARTHA CONSUELO MARTÍNEZ LOZANO
Demandado:	I.P.S. JOSE A. RIVAS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 20 de abril de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA CONSUELO MARTÍNEZ LOZANO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad I.P.S. JOSE A. RIVAS S.A., a fin que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 15 de octubre de 1997 y el 13 de enero de 2020, el que terminó por justa causa imputable al

empleador como consecuencia del incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social.

En consecuencia, pretende que se condene a la accionada al pago de la indemnización por despido indirecto, dotaciones de los años 2016, 2017, 2018 y 2019, aportes a pensión y salud desde octubre del 2018, salarios desde marzo de 2019, cesantías de los años 2018 y 2019, prima de servicios del año 2019, al Banco Davivienda por concepto de descuentos mensuales para el pago de leasing, desde octubre de 2018 a la fecha, por la suma de $5.111.448, la liquidación definitiva de prestaciones sociales incluyendo cesantías del año 2020, intereses a la cesantía, vacaciones y prima de servicios del primer semestre del año 2020, más la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria, así como lo que se declare probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refiere que el 15 de octubre de 1996 suscribió con la sociedad IPS CLINICA JOSE A. RIVAS S.A. un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como Secretaria, devengando como salario la suma de $1.146.000; que la relación laboral culminó el 13 de enero de 2020 con justa causa imputable al empleador, en tanto incumplió el pago de dotaciones, aportes al sistema integral de seguridad social, cesantías, salarios, prima de servicios, y el crédito con destino al Banco Davivienda, presentando mora de 286 días.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La parte demandada presentó escrito de contestación de la demanda de manera extemporánea, por lo cual se tuvo por no contestada en auto del 24 de agosto de 2021 (fls. 1 y 2 archivo digital 08Señalaaudiencia.pdf)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de abril de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 15 de octubre 1996 y el 13 de enero de 2020; condenó a la parte demandada al pago de salarios, cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y aportes pensionales previo cálculo actuarial, absolviendo de las restantes pretensiones.

Para tal efecto señaló que de conformidad con la documental aportada al plenario, se acreditó la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de octubre 1996 y el 13 de enero de 2020, lo cual se extrae del contrato escrito de trabajo, el otrosí y la certificación expedida por la accionada, desvirtuando así lo alegado por pasiva atinente a un extremo inicial en octubre de 2011, más aún cuando se tiene indicio grave en contra de la demanda por el hecho de no haber contestado la demanda.

En lo atinente al despido indirecto, señaló que se aportó la carta de renuncia del 13 de enero de 2020, en la cual se aduce como justa causa el incumplimiento de las

obligaciones patronales; de igual manera, estimó que se advierte de la historia laboral que en efecto el empleador no solucionó aportes a pensión entre octubre y diciembre de 2018 así como entre enero y noviembre de 2019, y de otra no aportó la accionada prueba del pago de las restantes acreencias laborales, motivo por el cual emitió condena al pago de la indemnización. En ese mismo sentido, accedió al pago de las acreencias insolutas al reiterar que no se acreditó su pago, absolviendo respecto de aportes a salud al no acreditarse perjuicios y dotaciones al no estimarse su valor monetario. En igual sentido, se absolvió del pago del crédito con destino a Davivienda, al no acreditarse los descuentos.

Respecto de la sanción por la no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria, señaló que no se acreditó un actuar de buena fe, y si bien existe un proceso de recuperación empresarial, la situación acaeció un año después de la terminación del vínculo laboral, y el mismo se encuentra culminado.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando que la accionada si verificó descuentos del salario a efectos de solucionar un crédito de libranza en el banco Davivienda, pago que no realizó a la entidad financiera, debiendo la trabajadora cancelar de su patrimonio la obligación crediticia, teniendo así derecho al respectivo reembolso.

La accionada sustenta la alzada respecto de las sanciones por la no consignación de cesantías y la moratoria, al haber obrado de buena fe, ello en tanto a la IPS no le solucionaron algunas acreencias comerciales ante la crisis del sector salud, la cual

se agravó debido a la pandemia, e implicó que entrara en cesación de pagos; frente a ello adelantó proceso de recuperación empresarial con el fin de salvaguardar la empresa, trámite que no se debe desconocer, más aún cuando la demandante debe sujetarse a las resultas del mismo.

De otra parte, señala que, mediante correo electrónico del 17 de abril, aportó las documentales que daban cuenta del pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por lo cual depreca la revocatoria de la condena al pago del cálculo actuarial.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará (i) si la accionante tiene derecho al pago del reembolso de los descuentos que se alega fueron verificados del salario para el pago de un crédito bancario; de igual manera (ii) si se debe revocar la condena por sanción e indemnización moratoria y (iii) por el pago de aportes pensionales.

4.3 Contrato de trabajo:

Inicialmente debe acotarse que no fue objeto de discusión la existencia del contrato indefinido de trabajo, cuyos extremos laborales corresponden entre el 15 de octubre 1996 y el 13 de enero de 2020, lo cual fue determinado por la *a-quo* y no fue objeto de reparo por las partes; además se encuentra en consonancia con el contrato de trabajo aportado al plenario, suscrito el 15 de octubre de 1996 (fl. 20 archivo digital 01Demanda.pdf), la modificación al contrato pactada entre las partes (fls. 22 y 23 archivo digital 01Demanda.pdf), y el certificado laboral del 19 de febrero de 2020 expedido por la sociedad accionada (fl. 27 archivo digital 01Demanda.pdf), el cual hace constar que la accionante laboró en los extremos laborales antes referidos, desempeñándose como Secretaria de Consulta Externa y Auxiliar de Facturación.

4.4 Reembolso de descuentos salariales:

Precisado lo anterior, y en punto del objeto de reproche de la parte demandada en su alzada, debe advertirse que en el evento de acreditarse un descuento salarial y que el mismo no se haya destinado a cubrir la obligación contraída, le asistiría al trabajador el derecho a su reembolso. No obstante, de no acreditarse tal supuesto fáctico no es dable acceder a dicha pretensión, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL044-2021, Radicación No. 49232 Del 20 de enero de 2021, en la que señaló:

> *"Pretenden los demandantes el reembolso de los dineros descontados del salario por su disminución; como quiera que en el escrito inaugural no se especificó cuáles fueron los descuentos que se realizaron indebidamente del salario, y que de la expresión que utiliza la parte demandante se deriva que la*

inconformidad radica en una disminución salarial que no se encuentra acreditada, y tampoco se adujo en la demanda soporte fáctico o jurídico de esta reclamación, lo que trae como lógica consecuencia es que se deba desestimar la pretensión.

Ahora bien, en el presente proceso se expuso como supuesto fáctico de la demanda, que (i) la accionante tenía un crédito con libranza con Davivienda, ante lo cual la sociedad empleadora descontaba mensualmente la cuota por nómina; (ii) el Banco le informó el 12 de agosto de 2020 que presentaba mora en el crédito, aclarando que la deuda asciende a $5.111.448; así mismo refiere frente a los mensajes que "*El primero fue el 23 de septiembre de 2019 y el segundo fue el 19 de octubre del mismo año"*.

En ese orden de ideas, por activa debía acreditarse que en efecto se verificaron los descuentos en el monto pretendido, así como que la empleadora no remitió tales emolumentos a la entidad financiera, lo cual no fue demostrado en tanto no se aportó con la demanda, las pruebas documentales que dieran cuenta de tal aspecto, además tal aspecto no se extrae de las pruebas decretadas de oficio por el juzgado atinentes a las documentales allegadas por pasiva en la contestación extemporánea de la demanda; aunado a ello se desistió del interrogatorio de parte de la representante legal de la accionada, por lo cual no existe confesión alguna.

De tal manera, que no se soportó probatoriamente que la sociedad accionada haya descontado del salario la suma de $5.111.448 y que no se haya destinado tal valor a cubrir el préstamo aducido, motivo que impele a confirmar la absolución de primera instancia.

4.5 Sanción por la no consignación de las cesantías e indemnización moratoria:

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

Ahora bien, aduce el recurrente que la buena fe se extrae del procedimiento de recuperación empresarial. Así, en tratándose de situaciones relacionadas con ese tipo de trámites, las sentencias referenciadas en precedencia siguen una línea doctrinal donde se sostiene que la crisis financiera o de insolvencia no implica *per se* la absolución de la indemnización moratoria, puesto que ese aspecto no puede atenderse como de buena fe, al ser un riesgo del empresario; así se resumió dentro de la sentencia SL3356-2022, Radicación No. 70531 del 16 de agosto de 2022 donde se sostuvo:

> *"Según el juzgador de la alzada, no era dable la aplicación del artículo 65 del CST, pues estaba demostrada la mala fe de la empleadora, en virtud del proceso de reestructuración en el que se encontraba inmersa, ya que su insolvencia o crisis financiera excusaba la cesación de pago de salarios y prestaciones sociales.*

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

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

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

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

Sumado a lo anterior, en la sentencia SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, la Corte analizó un caso similar al que ocupa a la Sala, en el luego de finalizada la relación laboral del trabajador se inició una reorganización, frente a lo cual se definió que aquella conducta no podía atenderse como justificable; en efecto esa Corporación señaló:

"Así cosas, de las precitadas documentales allegadas por la demandada, la Sala no encuentra buena fe que justifique el incumplimiento en el pago de las deudas

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

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

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

Bajo este escenario, de una parte, puede colegir este cuerpo colegiado que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, dio inicio al procedimiento de recuperación empresarial presentado por la IPS CLINICA JOSE A RIVAS S.A., el 18 de enero de 2021 (fls. 18 y 19 archivo digital 07Contestacion.pdf), esto es, con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, el cual acaeció el 13 de enero de 2020.

Así las cosas, en primer lugar, no es dable absolver por tal aspecto la condena al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías, ello en tanto el alegado proceso de recuperación empresarial inició aproximadamente un año después de culminar la relación laboral, siendo que tal sanción se liquida solo hasta la fecha de

terminación del contrato de trabajo. Por ende, en las anualidades anteriores no se vislumbra un actuar de buena fe la empleadora.

En igual sentido, no se revocará la indemnización moratoria de que trata del artículo 65 del C.S.T., pues se reitera, el proceso de recuperación empresarial se inicia casi un año tras la ruptura del vínculo laboral, y tampoco es dable limitar la indemnización hasta la fecha de inicio del proceso de recuperación, toda vez que la jurisprudencia ha acogido tal postura en aquellos eventos en que *"la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014)"*, situación que no acaece en el plenario.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado en este puntual aspecto.

4.6 Aportes pensionales:

Finalmente, aduce la parte recurrente que, mediante correo electrónico del 17 de abril aportó las documentales que daban cuenta del pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, motivo por el cual no era dable acceder a la pretensión atinente al pago del cálculo actuarial.

Sobre el particular, se debe señalar que la *a-quo* decretó como pruebas documentales las aportadas con la demanda y de oficio las allegadas con la contestación extemporánea de la demanda, sin que en las mismas repose el pago de aportes pensionales; incluso aduce el recurrente que aportó las planillas en un correo electrónico, medio de convicción que, además de resultar abiertamente extemporáneo no fue decretado por el Juzgado y, por ende, no es dable valorarlo en esta instancia.

De otra parte, no debe soslayarse que se condenó al pago de aportes pensionales *previo* cálculo actuarial que determine la administradora a la que se encuentre afiliada la demandante o a la que elija; por ende, de reflejarse pagos por la empleadora, será la AFP la encargada de establecer los montos adeudados, en tanto es quien deberá realizar el respectivo cálculo actuarial.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 abril de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **28 2021 00312 02**
Demandante:	EDILBERTO JAVIER BELLO MESA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y FONCEP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de SKANDIA S.A. a la abogada PAULA HUERTAS BORDA, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.833.703 y T.P. 369.744 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, en representación de PORVENIR S.A. se reconoce personería a la abogada VANESSA GÓMEZ QUINTERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.509.355 y T.P. 409.053 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 17 de octubre de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDILBERTO JAVIER BELLO MESA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y FONCEP, a fin de declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se condene a POVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., a la devolución a COLPENSIONES de las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas dinerarias se estuvieron en poder de las referidas AFP.

Asimismo, se le ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como recibir las contingencias provenientes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, actualizando y corriendo su historia laboral.

En últimas, se les condene a las encartadas a lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que se afilió al sistema general de pensiones a partir del mes de septiembre de 1982 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, efectuado un traslado en el año de 1990 a la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ hoy FONCEP hasta el año 1995.

Que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de enero de 1996 por intermedio de PROTECCIÓN S.A., al igual que el asesor de entonces de dicha AFP se limitó a diligenciar un formato preestablecido sin

suministrarle una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las pretensiones económicas y beneficios que obtendría en el régimen privado y las consecuencias negativas que implicarían abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que PROTECCIÓN S.A. no le entregó proyecciones, comparativos del valor de la pensión en ambos regímenes pensionales, la edad hasta la cual podría cotizar en el régimen privado y sobré qué salarios, entre otros aspectos de desinformación.

Por último, mencionó que tuvo traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las AFP SKANDIA S.A.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que los traslados efectuados por el demandante dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fueron totalmente válidos, como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual resultaría improcedente declarar un error de hecho cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba en atención a que el accionante no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento del que se pueda colegir que el traslado es nulo.

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

COLPENSIONES expuso en su contestación que el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue ajustado a derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicional a que dentro del mismo régimen efectuó traslados horizontales, lo

que significa que existe una ratificación tácita en los términos del artículo 1754 del Código Civil.

Impetró las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto existente, saneamiento de la nulidad, protección de sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica.

Por su parte SKANDIA S.A. mencionó que el traslado llevado a cabo por el demandante ante sus dependencias se hizo de manera consiente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban para la fecha en que se produjo.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

El FONCEP expuso que no tuvo injerencia alguna respecto del traslado llevado por el actor con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, adicional al hecho de que dicho traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, esto es, sin vicios en su consentimiento.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, competencia de los fondos, cajas y entidades territoriales para el reconocimiento de prestaciones de jubilación – incompetencia de los fondos o cajas para acceder a lo solicitado por el demandante, prescripción de mesadas pensionales y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de octubre de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **EDILBERTO JAVIER BELLO MESA identificado con C.C. 19.477.872**, al régimen de ahorro individual con solidaridad de*

*fecha **1° de ENERO de 1996**, por intermedio de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor **EDILBERTO JAVIER BELLO MESA identificado con C.C. 19.477.872**, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.*

***TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

***QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a cargo de todas las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de $800.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora. Adicional a las costas a cargo de SKANDIA S.A., debe adicionarse la suma de $500.000 por concepto de costas impuestas por el Tribunal Superior de Bogotá, en auto del 28 de marzo de 2023.*

***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, **CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de **COLPENSIONES**."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por ISS y, ante la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ hasta el momento en que se produjo el traslado pensional con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. el 14 de diciembre de 1995 y que fuese afectivo a partir del 1º de enero de 1996.

Adicionalmente, que el actor tuvo cambios horizontales a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. a partir del 1º de junio de 2000 y finalmente con SKANDIA S.A. desde el 1º de diciembre de 2005, última donde se encuentra afiliado actualmente.

De otro lado, expuso que el presente caso debe abordarse bajo la institución de las ineficacias según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Acorde con lo anterior, sostuvo que a la AFP le corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, al analizar los medios de prueba aportados al proceso, concluyó que no se demostró el deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso el demandante, no manifestó recibir tal información, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió al trasladarse de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado, dado que el acto de traslado no puede subsanarse ante la falta de información como la nulidad, misma situación que ocurrió frente a las AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de SKANDIA S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliado el actor, como lo son los aportes pensionales, cotizaciones contenidas en la cuenta de ahorro individual, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos y con destino a COLPENSIONES, teniendo esta última que activar la afiliación del señor EDILBERTO JAVIER BELLO MESA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y proceder a actualizar su historia laboral.

De otra parte, expuso que el demandante se encontraba afiliado a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ antes de producirse su traslado al RAIS,

entidad esta que administraba los aportes pensionales del actor dentro del Régimen de Primas Media con Prestación Definida; no obstante, dicha función de administración fue subrogada por el ISS en los términos del artículo 34 del Decreto 632 de 1994, de allí que al haberse liquidado el referido ISS, la obligación de administración quedó en responsabilidad de COLPENSIONES, de allí que esta última es la que deba administrar los recursos del señor EDILBERTO en el régimen público y, en tal sentido, absolvió al FONCEP sobre las súplicas de la demanda.

Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en lo que atañe a la condena impuesta a razón de gastos de administración y seguros previsionales, como quiera que no fue la administradora pensional quien realizó el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al igual que como entidad ha estado plenamente legitimada para descontar el 3% de los aportes efectuados por el actor mes a mes, conceptos que por demás han cumplido plenamente su finalidad.

Que, con relación a los seguros y primas previsionales, si bien el demandante no causó alguna prestación objeto de protección de esos seguros como lo son la invalidez y sobrevivencia, se encontraba plenamente asegurado a través de una póliza contratada por un tercero, de allí que no se posea sumas dinerarias respecto dichos conceptos ya que fueron girados a las correspondientes aseguradoras.

Igualmente, mencionó que independientemente de que el actor hubiese estado vinculado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 3% tenía que descontarse, por lo que de transferirse los rubros con destino a COLPENSIONES generaría un enriquecimiento sin causa por parte de esa entidad. Que lo anterior,

conlleva a su vez que no prospere una condena indexada bajo ningún concepto o rubro.

COLPENSIONES por su parte argumentó en su alzada que no se logró probar la configuración de los vicios del consentimiento tales como el error, la fuerza o el dolo al momento de realizar el traslado de afiliación por parte del demandante, en la medida que la afiliación se realizó conforme a derecho según lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, máxime si el actor se encuentra dentro de la prohibición legal dispuesta en la mentada norma.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir*

del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 14 de diciembre de 1995, el 17 de abril de 2000 ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y la llevada a cabo el 10 de diciembre de 2005 por medio de la AFP SKANDIA S.A., última donde se encuentra afiliado en la actualidad (Fl. 25 – PDF 01 DEMANDA, fl. 26 – PDF 08 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A., fl. 67 – PDF 11 CONTESTACIÓN SKANDIA S.A., fl. 3 PDF 14 PROTECCIÓN FORMULARIO DE AFILIACIÓN, y fl. 33 . PDF 08 CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCIÓN S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares,*

no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, el aquí demandante señor EDILBERTO JAVIER BELLO MESA en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó si bien expuso que PROTECCIÓN en su momento le hizo precisión acerca de los rendimientos financieros dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tal aspecto no refleja a completitud que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1995, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la

Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

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

del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de

Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los* ***gastos de administración, comisiones, 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****. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por* ***gastos de administración, comisiones 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****, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

> *"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos* ***los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos****, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados"* (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, encuentra la Sala la necesidad de adicionar la sentencia, como quiera que la orden de devolución de los conceptos correspondientes la impartió únicamente frente a la AFP SKANDIA S.A., última donde en la actualidad se encuentra afiliado el demandante, pero sin tener en cuenta que deberá aplicarse la devolución también sobre las AFP PROTECCIÓN S.A. y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES y con motivo del tiempo de afiliación que tuvo el actor ante sus dependencias lo atinente al porcentaje cobrado por conceptos de gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARA VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 28 2021 00312 02 DE EDILBERTO JAVIER BELLO MESA contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y el FONCEP.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

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

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **30 2021 00021 02**
Demandantes:	PEDRO IGNACIO GONZÁLEZ PARDO
Demandado:	PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor PEDRO IGNACIO GONZÁLEZ PARDO formuló demanda ordinaria laboral en contra de PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare que es beneficiario de la pensión de garantía mínima de vejez desde el 16 de agosto de 2016, por lo que pretende se condene a la accionada, de manera principal, al pago del reactivo

pensional con una mesada equivalente a un S.M.L.M.V., los intereses moratorios, la indexación, así como a que inicie los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la redención del bono pensional, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

De manera subsidiaria depreca el reconocimiento y pago de la devolución de saldos, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refiere que nació el 18 de agosto de 1952, por lo que cumplió 62 años de edad el 18 de agosto de 2014, y para la fecha de radicación de la presente demanda cuenta con más de 68 años; que PROTECCIÓN S.A. certificó que hasta julio de 2016 tenía cotizadas 1.194 semanas, no obstante, en la historia laboral se reportan 1.169,43 semanas; asevera que además de dichas cotizaciones laboró al servicio del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS entre el 27 de marzo de 1974 y el 31 de octubre de 1974.

Relata que, en septiembre de 2016 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo la modalidad de garantía de pensión mínima y mediante derecho de petición del 11 de abril de 2017, solicitó una respuesta oportuna, frente a lo cual el 4 de mayo de 2018, se emitió una respuesta que no resuelve de fondo lo pretendido, al señalar que es necesario contar con todo el capital correspondiente a los aportes ahorrados en su cuenta individual, los rendimientos y el valor del bono pensional.

Refiere que, tras petición que elevara, el ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN allegó los certificados CETIL, en los que se acredita, que laboró en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS entre el 27 de marzo de 1974 y el 31 de octubre de 1974; refiere que sumadas a las 1.194 semanas certificadas por la accionada, las 34.32 semanas cotizadas por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS a CAJANAL, arriba a un total de 1.228,32 semanas cotizadas.

Finalmente, que cumple con los requisitos para acceder a la prestación económica pretendida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda señalando que su papel frente al reconocimiento de la garantía de pensión mínima, es el de mero intermediario, dado que es la Oficina de Bonos Pensionales la competente para su reconocimiento con cargo a recursos del fondo de garantía de pensión mínima; de igual manera, que a fin de determinar el cumplimiento de requisitos se requiere de la historia laboral y que el bono pensional se encuentre normalizado. Finalmente, que el actor no tiene derecho al Bono Pensional, en atención a que no alcanzó la densidad mínima de 150 semanas, en virtud de lo regulado en el Decreto 3995 de 2008, por lo cual procede el traslado de aportes desde la entidad para la cual cotizó con anterioridad a su traslado de régimen.

Propuso y sustentó la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva y las de mérito que denominó hecho de terceros, falta de causa legítima para pedir, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido,

buena fe de parte de la demandada, prescripción, la innominada o genérica, compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de mayo de 2023, declaró que el señor PEDRO IGNACIO GONZÁLEZ PARDO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima de vejez, conforme a lo previsto por el artículo 65 de la Ley 100 de 1993; condenó a PROTECCION S.A. al reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima de vejez en cuantía mensual de $689.455 a partir del 1º de agosto de 2016, más los reajustes de orden legal, junto con la mesada 13, así como al pago de $62.449.144 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 20 de enero del 2018 y el 30 de abril del 2023, más los intereses moratorios, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción.

Para tal efecto, tras hacer mención a las normativas que estimó aplicables al *sub-examine,* señaló que el actor acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder a la garantía mínima de pensión, más aún cuando es deber de la AFP adelantar los trámites de emisión de bono pensional, y la legislación solo otorga cuatro (4) meses para el reconocimiento pensional.

Así las cosas, el accionante no completó el capital suficiente para acceder a la pensión de vejez, y contabiliza, sumando tiempos laborados en el DAS y cotizados a la AFP, más de 1.150 semanas, debiéndose reconocer la pensión desde el 1º de

agosto de 2016, atendiendo a la fecha de la última cotización, siendo además que no se requiere para acceder a la pensión la redención del bono pensional.

De tal manera que para cuando el actor deprecó el reconocimiento de la pensión, en septiembre de 2016, se encontraban reunidos la totalidad de los requisitos para acceder a la garantía de la pensión mínima, adeudándose la suma de $62.449.144, por concepto de retroactivo pensional y en atención a 13 mesadas anuales.

Finalmente, estimó procedentes los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, con posterioridad a los seis (6) meses siguientes al 1º de agosto de 2016; finalmente, declaró probada la excepción de prescripción con anterioridad al 20 de enero de 2018.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada interpuso recurso de apelación, señalando que la AFP en manera alguna ha actuado de mala fe, en tanto las respuestas y gestiones adelantadas, se han llevado a cabo atendiendo los presupuestos normativos que regulan la garantía de pensión mínima; más aún cuando se había solicitado la vinculación procesal de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la UGPP, en tanto para PROTECCIÓN S.A. no es dable el reconocimiento de la pensión hasta que no se solucionen e incorporen en la historia laboral, los periodos laborados al servicio del DAS.

Así las cosas, para financiar la pensión se requiere de la concurrencia de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes, así

como el valor de bono pensional o el traslado de aportes cuando el tiempo de servicios sea inferior a 150 semanas, ello según el artículo 68 de la Ley 100 de 1993. Por ende, es la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien decide el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, previa acreditación de los requisitos contempladas en la ley.

De tal manera, que en el presente evento se encuentra pendiente la normalización de la historia laboral, tras lo cual la oficina de bonos pensionales debe pronunciarse de fondo sobre la prestación, y una vez ello ocurra PROTECCION S.A. le notificaría la decisión de reconocimiento pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si el accionante tiene derecho a la garantía de pensión mínima.

4.3 Garantía de Pensión Mínima de Vejez:

Inicialmente debe acotarse que la Garantía de Pensión Mínima de Vejez, se constituye en una prestación económica del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, destinada a los afiliados que a los 62 años en caso de hombres y 57 si son mujeres, no alcanzaron a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35º de la Ley 100 de 1993, acreditando además cotizaciones de por lo menos 1.150 semanas o tiempos laborados en toda su vida laboral, así como que no acumulen un capital necesario para acceder a una pensión superior al 110% de un SMLMV.

En efecto, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, estipula que los afiliados al RAIS, tendrán derecho a una pensión de vejez siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del SMLMV; de otra parte, el artículo 65 *ejusdem,* consagra:

> *"ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.*
>
> *"PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.*

Ahora bien, atendiendo la censura se tiene que la discrepancia del apelante, radica exclusivamente en la imposibilidad de la AFP PROTECCIÓN S.A. del reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima de vejez, hasta tanto no

se normalice la historia laboral del actor, se verifique el traslado de aportes y se emita por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento de la garantía, para lo cual, se había deprecado la vinculación al plenario de dicha Oficina como de la UGPP.

Así las cosas, advierte la Sala en primera medida que por pasiva no se recurrió el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación, eso es, ostentar la edad mínima de pensión y no tener el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del SMLMV.

Establecido lo anterior, debe señalarse que no es dable estimar que la sentencia deba ser revocada por la no comparecencia al plenario de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público como por la UGPP, ello en tanto esta Corporación en auto del 28 de febrero de 2023, confirmó el auto del 14 de diciembre del 2022, mediante el cual se declaró no probada la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio por pasiva propuesta por la encartada, concluyendo que "*en el sub-lite no se hace imperativa la concurrencia del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y de la UGPP, para decidir el asunto, ya que de las normas y la jurisprudencia antes citadas, es diáfano que el reconocimiento pensional que se reclama se encuentra en cabeza de las administradora de pensiones accionada, quienes deben adelantar los trámites pertinentes a afectos de concretar el reconocimiento pensional, si a ello hay lugar, estando a su arbitrio el adelantar las acciones del caso ante la autoridad correspondiente si se ve perjudicada con el posible reconocimiento pensional, como viene de verse".*

De tal manera, que dicho aspecto ya fue definido en el presente proceso, sin que sea dable que con el recurso de alzada que se interpone contra la sentencia de primera instancia, se controviertan decisiones proferidas en la oportunidad procesal pertinente, que se encuentran en firme y desataron lo atinente a la vinculación de las entidades antes referidas.

Ahora, respecto de la necesidad de agotarse la normalización de la historia laboral mediante el traslado de aportes, se tiene que en efecto el artículo 68 de la Ley 100 de 199, regula:

> *"ARTÍCULO 68: FINANCIACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las pensiones de vejez se financiarán con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima.*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2237-2023, Radicación No. 96982 del 19 de septiembre de 2023, señaló:

> *"Por su parte, la inconformidad de la censura gira en torno a que no era procedente el reconocimiento de la prestación bajo la garantía de pensión mínima, por cuanto, para la aplicación del tal subsidio del Estado, se requiere de la aprobación previa por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*
>
> *"Así, el problema jurídico que la Corte debe elucidar, consiste en determinar si el juez de segundo grado incurrió en equivoco jurídico al ordenar el pago de la pensión de vejez con garantía de pensión mínima a favor de la actora, sin que previamente se hubiera materializado dicha garantía por parte del referido ente ministerial.*

"[…]

"Ahora, frente a los argumentos de la censura relativos a que de lo previsto en el artículo 9 del Decreto 832 de 1996, modificado por el artículo 2 del Decreto 142 de 2006, forzosamente se desprende que solo después de que se reconozca la garantía de la pensión mínima de vejez es posible entrar a pagar por parte de la administradora la prestación con cargo a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, o en otras palabras, si tal garantía no es concedida por el Ministerio de Hacienda no podrá cubrirse la pensión por estar sujeta a un trámite y que «su reconocimiento es requisito indispensable para que una administradora pueda otorgar la prestación»; la Sala, para dar respuesta a esta argumentación, considera pertinente traer a colación la sentencia CSJ SL1746-2023, en la que se reiteró la decisión CSJ SL4252-2021 que alude el recurrente.

"En efecto, en el primero de los citados pronunciamientos, esta corporación se ocupó de estudiar iguales discrepancias jurídicas a las que se plantean en el sub judice, fungiendo como demandada la misma entidad de seguridad social, y en tal oportunidad la Corte adoctrinó que cuando las administradoras injustificadamente retardan el trámite de la solicitud de garantía ante el ente estatal, surgirá la obligación de las AFP de asumir el pago de la pensión de vejez de su afiliado de manera provisional con cargo a sus propios recursos, pues su actuar se considera negligente al no proceder con la suficiente diligencia y cuidado que se requiere en estos casos. En esa sentencia se puntualizó:

"Vistas las cosas en el contexto que acaba de describirse, le corresponde a la Corte elucidar la procedencia del reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez cuando no ha mediado el aval por parte del ente gubernamental autorizado por la ley para tal efecto, imponiendo el pago directo a la administradora y de manera subsidiaria la condena de manera definitiva que no temporal.

"En aras de dar respuesta a los planteamientos en precedencia, menester resulta hacer las siguientes consideraciones previas, que fueron expuestas por la Corte en la sentencia CSJ SL2512-2021, que hoy reitera:

"[…]

"En ese horizonte, una vez comprobada la existencia de los supuestos señalados, corresponde a la AFP elevar la solicitud de reconocimiento ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual tiene la responsabilidad de comprobar la suficiencia o no del capital a efectos de que, como entidad gubernamental habilitada (Artículo 4o del Decreto 833 de 1996 y Artículo 11 Decreto 4712 de 2008), determine si otorga y paga o no el subsidio estatal. Así las cosas, corresponde a la OBP, establecer si entre el monto acumulado en la CAI y el saldo mínimo de pensión, incluyendo el valor del bono pensional, existe diferencia, para que proceda la garantía de pensión mínima (Cálculo para la Garantía). (Subrayas fuera del texto)

"[…]

"iii. Reconocimiento provisional de la pensión bajo el principio solidario de la GPM por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones- deberes de la AFP

"Siendo claro, que la asignación del subsidio bajo la garantía de pensión mínima es estatal y, por ende, su reconocimiento está exclusivamente en cabeza del Estado – Oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y crédito público- es menester poner de presente que por vía de excepción sí existe normativamente la posibilidad de establecer en cabeza de una administradora del RAIS la obligación de manera temporal, de asumir el pago de la pensión y, con cargo a sus propios recursos, esto porque el artículo 21 del Decreto 656 de 1994 dispuso:

"[…]

"Así, el estándar de diligencia y cuidado que deben observar las mismas es mayúsculo, pues si su actuar es negligente deberán asumir las consecuencias conforme lo estableció la legislación y el regulador. Esto es así como, en el tema objeto de análisis, claramente se determinó que si por razones imputables a ellas el afiliado no cuenta con los recursos para acceder a la pensión bajo la garantía de pensión mínima- claro está siempre y cuando consolide los requisitos para su acceso- corresponderá el pago de la pensión

de manera provisional y con cargo a sus propios recursos a la entidad de seguridad social.

"En suma, si injustificadamente retarda el trámite de la solicitud de garantía ante el ente estatal, surgirá la obligación de asumir el pago de la pensión de vejez de su afiliado y, palmariamente, sin afectar la cuenta de ahorro individual del mismo. Por lo que el funcionario judicial podrá echar mano de esta norma, cuando evidencie que existe un actuar evidentemente displicente que impidió la materialización del derecho.

[…] En síntesis: recibida la solicitud de garantía de pensión mínima, la AFP tiene 4 meses para tramitar ante el Ministerio de Hacienda la comprobación de los requisitos exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el precepto 84 ibidem -si es aplicable al caso-, para así proceder a su reconocimiento primero a cargo de los saldos de la cuenta pensional y luego con los recursos fiscales cuando aquellos se agoten. La omisión de este trámite le acarrea la responsabilidad de asumir una pensión provisional sin afectar la cuenta individual, sin perjuicio de que acredite ante autoridad competente que el retardo no le es imputable y obtenga el reembolso respectivo a cargo de la entidad responsable.

Descendiendo al *sub-examine* se advierte que el actor radicó solicitud de reconocimiento pensional el 9 de septiembre de 2016 (fls. 51 a 53 archivo digital 01DemandaAnexos.pdf), y tras diversas solicitudes de información sobre el trámite, el 4 de mayo de 2018 se le informa que se está a la espera de un pago de aportes realizado ante COLPENSIONES (fls. 56 y 57), y posteriormente el 20 de febrero de 2019 (fls. 59 a 61), se refiere sobre el trámite, además de reconocer que fue radicado el *9 de septiembre de 2016,* que el:

- *15 de septiembre de 2016, se inició con la validación de los datos básicos en los sistemas de información en las plataformas que brinda el gobierno nacional para validaciones esenciales.*

- *30 de septiembre de 2016, se inició el proceso de consolidación de su historia laboral.*
- *10 de noviembre de 2016, se inició el proceso de solicitud de cobro de aportes de los tiempos cotizados ante Colpensiones en la página del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*
- *12 de diciembre de 2016, no hay respuesta de la solicitud de los aportes solicitados, se envía nueva solicitud ante Colpensiones.*
- *15 de enero de 2017, se realiza validación de los tiempos laborados con la entidad Departamento Administrativo De Seguridad En Proceso De Supresión, en el cual se valida las condiciones de ley y* ***no existe derecho a bono pensional, por lo que se gestiona como cobro de aportes para que ingresen a la cuenta individual del afiliado****.*
- *27 de febrero de 2017, se realiza contacto con el afiliado informando que la historia laboral se encuentra reconstruida, que no existe derecho a bono pensional y se solicitan los formatos de aprobación de la historia laboral para continuar con el trámite. Se remiten al email pedroignacioabogafamilia@gmail.com. Afiliado remite documentos firmados.*
- ***02 de marzo de 2017, se envían a la entidad para iniciar con los cobros correspondientes al Departamento Administrativo De Seguridad****. 12 de abril de 2017, se retoma el cobro de los aportes que se solicitaron ante Colpensiones, se realiza comunicación con un funcionario de la entidad quien indica que está demorado el proceso por cambios organizacionales, se espera respuesta para finales de abril.*
- *05 de mayo de 2017, Se recibe pago por parte de Colpensiones y se acreditan en cuenta individual, se visualiza en la página del ministerio de hacienda y crédito público que faltaron por pago los periodos correspondientes al año 1994, se espera pago para mediados de junio.*
- ***05 de julio de mayo de 2017, se realiza nuevamente solicitud de cobro de los aportes pendientes****.*
- *31 de agosto de 2017, se valida en la plataforma del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no hay respuesta, se realiza recobro el 31 de agosto.*
- *29 de septiembre de 2017, se recibe resolución de Colpensiones con respuesta positiva, se espera del pago para mediados de octubre.*
- *10 de octubre de 2017, se realiza acreditación de los aportes que pago Colpensiones en la cuenta individual del afiliado.*
- *En cuanto a los tiempos correspondientes con el Departamento Administrativo De Seguridad, informan que realizaron pagos a Cajanal, por lo*

que se solicita a la entidad validar los aportes para trasladar los recursos a la administradora.

- *Se requiere soportes de pagos a Cajanal para el cobro de aportes a otras entidades, con el fin de generar el cobro correctamente.*
- *30 de mayo de 2018, se solicita por el aplicativo CENISS el formato 3 para realizar cobro de los portes correspondiente al Departamento Administrativo De Seguridad.*
- *11 de junio de 2018, se valida y no hay respuesta por lo que se escala consulta al operador.*
- *25 de julio de 2018, se ingresa una nueva solicitud por el aplicativo CETIL para el requerimiento del formato 3 (salario mes a mes) y proceder al cobro.*
- *17 de agosto de 2018, la entidad envía formato, donde se valida que los aportes se realizaron a la UGPP.*
- *26 de septiembre de 2018, la UGPP responde que no realizara la devolución de aportes ya que no tiene soportes de pago a Cajanal.*
- *26 de octubre de 2018, Se eleva consulta operativa ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para saber cómo proceder con el caso, ya que la UGPP indica que no realizara la devolución de aportes porque no tiene soportes de pago Cajanal, sin embargo, la entidad Departamento Administración De Seguridad Das Nit: 1 899999039, para la cual el afiliado laboro los tiempos de 27-03-1974 a 31-10-1974 se encuentra asumida por la nación.*
- ***12 de noviembre de 2018, se obtiene respuesta indicando que los tiempos están asumidos por la Nación**, ya que es una entidad de orden Nacional y según ley 6 de 1945, estas eran obligadas a aportar a Cajanal y no existe alguna situación que indique lo contrario, sin embargo, en el Decreto liquidatario de Cajanal, **la Nación a través de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público asumirían estos tiempos**.*
- *En el mes de diciembre del 2018, el caso se envió al comité jurídico para determinar qué acciones retomar para agilizar el proceso, sin embargo, se tiene que esperar a mediados del mes de enero que ingresen las entidades a sus actividades para validar posibles soluciones.*
- ***20 de febrero de 2018, se toma la determinación de enviar una nueva solicitud de cobro de aportes ante la UGPP, si brindan una respuesta negativa, se iniciará acción legal para lograr consolidar los aportes y definir el trámite pensional**.*

En ese orden de ideas, se advierte que desde que se radicó la solicitud el 9 de septiembre de 2016, transcurrió un lapso de tiempo superior a 4 cuatro años hasta que se presentó la demanda el 20 de enero de 2021, sin que la AFP se haya pronunciado de fondo respecto del reconocimiento pensional; incluso, el pago o traslado de aportes solo se inicia hasta el 2 marzo de 2017 y hasta el 12 de noviembre de 2018 se refiere que el tiempo será tramitado ante la Oficina de Bonos Pensionales, lo cual no ha acaecido, advirtiéndose así una negligencia en el reconocimiento pensional, por lo que no era dable suspender indefinidamente el reconocimiento pensional so pretexto de la falta de traslado de aportes por La Nación relativa a los períodos laborados al DAS.

Así las cosas, palmario resulta la obligación de asumir por la AFP el reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima y asumir, como lo refiere la jurisprudencia *"primero a cargo de los saldos de la cuenta pensional y luego con los recursos fiscales cuando aquellos se agoten, el pago de la prestación",* ello *"sin perjuicio de que acredite ante autoridad competente que el retardo no le es imputable y obtenga el reembolso respectivo a cargo de la entidad responsable"* (*supra*).

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. Se fijan como agencia en derecho la suma de $1.160.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **32 2022 00145 01**
Demandante:	NORMA FABIOLA GÓMEZ SEGURA
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NORMA FABIOLA GÓMEZ SEGURA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declarare la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en su caso administrado por PROTECCIÓN S.A., por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente asesoría e ilustración por parte de esta última AFP al no haber suministrado una información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado, de

allí que deba declararse que nunca se trasladó de régimen pensional, permaneciendo así afiliada en todo momento a COLPENSIONES.

Asimismo, se les ordene a las demandadas llevar a cabo todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado de régimen, al igual que se le ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual con solidaridad con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y los rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, ni por cualquier otro concepto, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibir todas las contingencias y proceda a reactivar su afiliación en el Régimen de Prima con Prestación Definida, junto con la corrección y actualización de su historia laboral, el pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 26 de mayo de 1966, afiliándose inicialmente al sistema general de pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 13 de septiembre de 1993.

Que el 19 de agosto de 1998 se trasladó con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., sin estar precedida de una debida información e ilustración por parte de esa entidad, ya que la mentada información no fue clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias de ese traslado, entre otros aspectos de desinformación.

Expuso que tampoco se le indicó acerca del periodo de gracia consagrado en el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003, el cual reglamentó el artículo 13 del literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, consiente, y sin presiones ante PROTECCIÓN S.A.

Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de la afiliación en los casos de pensionados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. expuso en su contestación que los asesores con que cuentan son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados sobre todas las condiciones propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de allí que a la demandante al momento del traslado se le hubiesen explicado características como la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual que general rendimientos financieros que determinan el monto de una pensión, la posibilidad de pensionarse en forma anticipada siempre que se cuente con un capital suficiente para financiar una pensión superior al 100% de un S.M.L.M.V. al año 1993 de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, la posibilidad de que sus aportes hagan parte de la masa sucesoral en caso de fallecimiento, la facultad de aportar a pensiones voluntarias, entre otras.

Que en igual sentido, se le explicó acerca de las condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dejando claridad en que uno y otro son excluyentes y que cada uno conlleva sus propias regulaciones, sin que pudiera hablarse de ventajas, desventajas o consecuencias negativas entre ambos.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de agosto de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO. - DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante **NORMA FABIOLA GÓMEZ SEGURA** a través de **PROTECCIÓN S.A.**, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*
>
> ***TERCERO. -** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

CUARTO. - ORDENAR *a la demandada* ***COLPENSIONES*** *a recibir a la demandante* ***NORMA FABIOLA GÓMEZ SEGURA*** *como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Para el efecto* ***COLPENSIONES*** *deberá actualizar la Historia Laboral de la demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

QUINTO. - CONDENAR *en costas a la demandada* ***PROTECCIÓN S.A.*** *y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.*

SEXTO. - *En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada* ***COLPENSIONES****, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* trajo a colación el artículo 12 y el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección libre y voluntaria de régimen pensional, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la norma en cita. Además, expuso que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 2003, señala los tiempos mínimos de permanencia en cada régimen y la restricción de traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, igualmente destacó que el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya hacía referencia a la información que se debe suministrar a los usuarios.

De otro lado, acotó que no puede olvidarse que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información respecto de los posibles afiliados está a cargo de los fondos privados, deber que existe desde la creación de los mismos, además en esas administradoras recae la carga de la prueba. De la misma forma, sostuvo que la información debe contener los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, y tal consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, además señaló que no es necesario que el afiliado demuestre estar en régimen de transición, estar próximo a causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación así mismo que la declaratoria de la ineficacia no prescribe.

Señaló que durante el trámite procesal se acreditó que la demandante efectuó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el mes de septiembre de 1993 y el mes de febrero de 1996, precisando que se aprecia un traslado de régimen el 8 de marzo de 2001 con destino a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., siendo este el único formulario que se registre en el plenario, lo cual permite evidenciar la vinculación de la gestora a la referida AFP PROTECCIÓN S.A.

Al referirse al interrogatorio de parte que depuso la actora, estimó que no confesó habérsele brindado información clara, suficiente y oportuna sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características y diferencias entre uno y otro, toda vez que nunca fue asesorada. En esa medida, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado; con la consecuente afiliación de la demandante a COLPENSIONES y la devolución a esa administradora de los recursos que obran en cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos.

Igualmente, ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar de manera indexado y con cargo a sus propios recursos, las sumas que se hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y las sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial; sin embargo, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, esta misma norma limitó el derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad pensional, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se les conservaría el derecho de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier momento.

Asimismo, sostuvo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para que su traslado proceda en cualquier tiempo como así lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, entre otras, toda vez que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones no contaba con 15 años de cotizaciones y, por ende, no es procedente el traslado, sumado al hecho que se debe resguardar el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

En últimas, sostuvo tener en cuenta el estudio de rentabilidad en los términos de la sentencia SU-062 de 2010, al igual que el principio de relatividad jurídica.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente

a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante ante la AFP SANTANDEWR hoy PROTECCIÓN S.A. el 8 de marzo de 2001 (Fl. 46 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCIÓN), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la aquí demandante señora NORMA FABIOLA GÓMEZ SEGURA en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de

que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Igualmente, si bien yace documentación dentro del plenario atinente a un documento expedido por PROTECCIÓN S.A. denominado "*Reasesoría pensional*" calendado el 15 de mayo de 2023 (Fls. 2 a 3 – PDF 17 DOCUMENTOS PRUEBAS), lo cierto es que como allí se consigna, se demuestra que la demandante no recibió de manera directa la presunta reasesoría alegada por la AFP, adicional al hecho que si en gracia de discusión, dicho talante no puede ser atendido como una salvedad para que al momento del traslado primigenio la encartada no debiera suministrar una información ajustada a derecho como así lo definen tanto los preceptos legales como jurisprudenciales hasta aquí expuestos.

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2001, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES y alegado por la misma entidad en el recurso de alzada, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado,

la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse y demás rubros, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por los que la decisión de primer grado habrá de conformarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de alzada no gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 32 2022 00145 01 DE NORMA FABIOLA GÓMEZ SEGURA contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

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

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **34 2021 00263 01**
Demandante:	JOHANDRY LORENA ORTIZ CHIQUILLO
Demandado:	SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANDAR S.A.S., VÍCTOR ALFONSO GARCÍA LÓPEZ, MARTHA SUSANA LOPEZ QUINTIN Y NUEVA E.P.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante JOHANDRY LORENA ORTIZ CHIQUILLO en contra de la sentencia proferida el 4 de mayo del 2023 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora JOHANDRY LORENA ORTIZ CHIQUILLO promovió demanda ordinaria en contra de la SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANDAR S.A.S., VICTOR ALFONSO GARCÍA LÓPEZ, MARTHA SUSANA LOPEZ QUINTIN y la NUEVA E.P.S, con la finalidad de declararse que con el extremo demandado existió un contrato de trabajo a término indefinido.

De igual forma, solicita se declare que VÍCTOR ALFONSO GARCÍA LÓPEZ y MARTHA SUSANA LOPEZ QUINTIN son propietarios de la SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANDAR S.A.S., siendo solidariamente responsables del pago de acreencias laborales e indemnizaciones solicitadas en la demandada. Así mismo, pretende se establezca que la NUEVA EPS S.A. fue beneficiario de la prestación de sus servicios, respondiendo solidariamente por las condenas que se impongan.

Así mismo, la ineficacia de la cláusula quinta del contrato de trabajo, así como del otrosí suscrito entre las partes el 4 de marzo del 2015 a consecuencia del contrato a término indefinido, llevando a cabo la accionada un despido colectivo de la totalidad de los trabajadores de la sucursal de Kennedy, sin haber solicitado autorización al Ministerio de Trabajo.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANDAR S.A.S. y solidariamente a VICTOR ALFONSO GARCIA LOPEZ, MARTHA SUSANA LOPEZ QUINTIN Y NUEVA E.P.S. a reintegrarla conforme al numeral 5 del artículo 67 de la ley 50 de 1990, al pago de los salarios adeudados, cotizaciones a seguridad social, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones a partir del 31 de agosto del 2018, la indemnización por no consignación al fondo de cesantías a 14 de febrero del 2019, indexación o corrección monetaria, lo ultra y extra petita y el reconocimiento de costas procesales.

De forma subsidiaria, pretende se condene al pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T. más lo que se encuentre acreditado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió haber sido contratado por la SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANDAR S.A.S., estableciendo en la demonización del escrito, el tratarse de un *contrato de trabajo a término indefinido,* pese a lo cual en la cláusula quinta se hacía mención a la duración, lo cual se reprodujo en el otrosí suscrito el 4 de marzo del 2015; que el 25 de junio del 2018 suscribieron otrosí por medio el cual se realizó cambio de cargo al de Coordinador de Call Center, aclarando que el documento hacía alusión al contrato a término indefinido; así las cosas, relató que el contrato laboral suscrito no hacía referencia a la modalidad por duración de la obra o labor, por ende, el contrato se pactó a término indefinido.

Que la NUEVA E.S.P. fue beneficiaria de la prestación de sus servicios de conformidad con lo establecido en el acta de terminación del contrato de prestación de servicios de salud No. 01-05-01-0017102014 efectuada entre la sociedad ANDAR S.A.S y la entidad promotora de salud.

Expuso que desde el 4 de marzo del 2015 hasta el 24 de junio del 2018 devengó el salario mínimo mensual vigente, suscribiendo otrosí el 25 de junio de la misma anualidad, pactando una remuneración de $1.144.000. Así mismo, que realizó funciones tales como servicio al cliente para asignación, cancelación o modificación de citas médicas, manejo de agenda, promoción de citas citológicas, las cuales eran ejecutadas en cumplimiento del contrato comercial convenido con ANDAR S.A.S y NUEVA E.P.S.

En otro giro, refirió que el 30 de julio del 2018 la sociedad demandada finalizó unilateralmente el contrato de trabajo a término indefinido invocando la causal consagrada en el numeral segundo del artículo 47 y literal d) del artículo 61 del C.S.T., en razón de ello, afirmó que la pasiva expidió documento denominado *"liquidación de contrato de trabajo a término indefinido"* y certificado laboral (aclarando la modalidad contractual).

Que la encartada despidió de manera colectiva a todos los trabajadores de la sucursal de Kennedy en la ciudad de Bogotá sin haberles comunicado por escrito la solicitud de autorización de despido ante el Ministerio de Trabajo remitiendo la empleadora un documento al Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, a través del cual certificaron que el número de trabajadores de laboraban en la sede de Kennedy eran 135 personas.

Por último, manifestó que los señores VÍCTOR ALFONSO GARCÍA LÓPEZ y MARTHA SUSANA LOPEZ QUINTIN son propietarios de la SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANDAR S.A.S. y cuya composición accionaria correspondía al 35% y 65% respectivamente, afirmando que son solidariamente responsables de las acreencias laborales adeudadas, así como también la NUEVA E.P.S.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La SOCIEDAD DE CONSULTORIA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANDAR S.A., VÍCTOR ALFONSO GARCÍA LOPEZ y MARTHA SUSANA LÓPEZ QUINTIN contestaron la demanda argumentando que entre las partes se suscribió un contrato por duración de la obra o labor, terminada en razón a que se encontraba supeditado a las causales que dieron origen al mismo, esto es, la relación contractual con la NUEVA E.P.S.

Así mismo, que el señor VICTOR ALFONSO GARCÍA LÓPEZ no es propietario o socio de ANDAR S.A.S., afirmando que no existían acreencia laborales pendientes en razón a que el contrato laboral finalizó en aplicación de la cláusula quinta, la cual estipulaba que la terminación del vínculo una vez se cumpla la labor contratada, la cual era la referente al contrato suscrito con la NUEVA E.P.S., siendo las cláusulas contractuales ley para las partes de conformidad con el artículo 1602 del C.C y articulo 39 del C.S.T.

Respecto al despido colectivo, aseguró que se presentaron terminaciones de contratos de trabajo por mutuo acuerdo y que, en gracia de discusión, el único competente para determinar tal situación es el Ministerio del Trabajo de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, siendo el juez laboral el encargado de verificar la procedencia de las indemnizaciones correspondientes. En razón de lo anterior, se oponen a la totalidad de las pretensiones condenatorias en su contra.

Formularon como excepción previa la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del demandado VICTOR ALFONSO GARCIA LÓPEZ, y las de fondo que denominó terminación por mutuo acuerdo pactado en el contrato de trabajo sin el pago de la indemnización del artículo 64 del C.S.T., existencia plena de un contrato de obra o labor determinada, inexistencia de despidos colectivos, falta de competencia del juez de instancia para declarar el despido colectiva, imposibilidad de reintegro de la demandante y la genérica.

Por su parte, la NUEVA E.P.S. contestó con oposición a las pretensiones de la demandada refiriendo ser ajeno al contrato de trabajo de la demandante, así mismo, afirmó que no era posible predicar la solidaridad ya que no existía un nexo causal y mucho menos se evidenciaba el cumplimiento de los requisitos bajo la égida del artículo 34 del C.S.T.; así las cosas, adujo que el cargo desempeñado por la actora era diferente a su objeto social, aclarando que el beneficiario del mismo era directamente su empleador

Propuso como excepción previa falta de legitimación en la causa por pasiva, y como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad, buena fe y caducidad de la acción sobre las sanciones e indemnizaciones, primacía de la ley y seguridad jurídica, ineficacia de la solidaridad alegada por cuenta de la inexistencia del beneficio otorgado a NUEVA E.P.S. sobre la obligaciones contractuales durante el periodo contratado e inexistencia del contrato entre las demandadas, prescripción de las acciones por la no interrupción de la prescripción, inexistencia de

solidaridad por falta del nexo del contrato celebrado entre los demandados y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de mayo del 2023 resolvió declaró que entre la señora JOHANDRY LORENA ORTIZ CHIQUITO y la SOCIEDAD DE CONSULTORIA Y PTRESTACION DE SERVICIOS ANDAR S.A.S. en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, existió un contrato laboral a término indefinido entre el 4 de marzo de 2014 y el 31 de agosto de 2018, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* adujo que el problema jurídico a resolver se circunscribía a determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo en razón al principio de primacía de la realidad sobre las formas y en caso afirmativo, identificar la modalidad contractual, los extremos laborales, las causales de terminación, y en razón de ello la responsabilidad solidaria, verificando si es procedente decretar la ineficacia del despido y sus consecuenciales.

Así las cosas, refirió que entre ANDAR S.A.S y la demandante existió un contrato de trabajo en consideración al material probatorio obrante en el expediente, el cual fue pactado bajo la modalidad a término indefinido del 4 de marzo del 2014 al 31 de agosto del 2018. Una vez determinado ello, explicó que de conformidad con el articulo 47 del C.S.T., el cual regula el contrato de trabajo a término indefinido, aduciendo que su validez podía estar supeditada a una condición o ejecución de un contrato principal, sin que ello significara su mutación al contrato de obra o labor.

Por consiguiente, argumentó que, con base en la cláusula quinta del contrato de trabajo, así como del otro sí, se estableció que la relación laboral subsistiría

mientras las causas que le dieron origen continuaran, esto es, con la ejecución del contrato comercial entre la sociedad demandada y NUEVA E.P.S. En razón de ello, justificó que dicho convenio se dio por finalizado el 1º de septiembre del 2018 y, por ende, también el motivo por el cual se había iniciado la prestación de los servicios de la demandante.

Igualmente, aseguró que la promotora no logró demostrar la configuración de vicios del consentimiento a fin de declarar ineficaces las cláusulas en comento; por tal motivo, fue voluntad de la actora suscribir el contrato de trabajo; así mismo, relató que este no versaba sobre causa u objeto ilícito y mucho menos que hiciera referencia a vulneración de derechos ciertos e indiscutibles, siendo entonces un acuerdo de voluntades.

En relación al despido colectivo alegado por la demandante, trajo a colación lo afirmado en interrogatorio de parte por el representante legal de la sociedad ANDAR S.A.S., quien refirió haber dado por terminado el contrato a 135 trabajadores por haber fenecido el contrato con la NUEVA E.P.S.; así, tras citar lo regulado en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, concluyó que en *sub-lite* no operó un despido, sino la comunicación de la finalización de los vínculos labores en razón a que las causas que les dieron origen había desaparecido, por ende no era posible encuadrar tal situación en un despido colectivo, declarando probada la excepción de fondo de inexistencia de la obligación así como la responsabilidad solidaria.

III. RECURSO DE APELACION:

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra la sentencia proferida. Al respecto, manifestó que el contrato suscrito entre las partes fue a término indefinido, con base en ello, la cláusula quinta del mismo hacía referencia a un contrato de prestación de servicios asistenciales del plan obligatorio de salud POS, firmado entre la NUEVA EPS y la sociedad ANDAR S.A.S., no obstante, indicó que el documento denominado *"acta de terminación*

de contrato de prestación de servicios de salud número 01050100171 del año 2014 para el régimen contributivo bajo la modalidad de pago global prospectivo" es distinto al enunciado en el convenio laboral, por lo que en ningún momento se determinó con claridad el contrato objeto de la cláusula referida. Por consiguiente, solicitó se diera aplicación al principio *indubio pro operario*, toda vez que, en caso de duda, esta debe resolverse a favor del trabajador

Como otro punto de reproche, refirió que el despido de la actora se realizó en forma colectiva de acuerdo al artículo 67 de la Ley 50 de 1990, ya que se le terminó el vínculo laboral al 37% de la totalidad de los empleados de la sociedad demandada, los cuales prestaban sus servicios en la sede de Kennedy en la ciudad de Bogotá, por ende, el contrato laboral suscrito entre las partes continuaba vigente ya que no se solicitó autorización de despido colectivo ante el Ministerio del Trabajo.

Por otro lado, trajo a colación dos sentencias ejecutoriadas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, cuyas demandantes fueron compañeras de trabajo de la hoy actora JOHANDRY LORENA ORTIZ CHIQUILLO, explicando que ambos casos guardaban relación fáctica idéntica y similar con el presente proceso, providencias mediante las cuales se determinó que el contrato de trabajo suscrito fue a término indefinido aunando a que frente a la impresión de la cláusula quinta opera en favor de la demandante de conformidad con el principio *indubio pro operario*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. **Trámite de segunda instancia:**

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar inicialmente la duración del contrato de trabajo; así mismo, en el evento de establecer que corresponde a término indefinido, determinar si operó un despido colectivo que dé lugar al reintegro de la accionante, o de manera subsidiaria, al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

c. Contrato de trabajo

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 4 de marzo de 2014 y el 31 de agosto de 2018, existiendo discrepancia respecto de la duración pactada.

Ahora bien, al plenario se aportó el contrato escrito de trabajo (fls. 30 a 32 archivo digital 02DemandaAnexos.pdf), el cual en efecto se denomina *"contrato individual de trabajo a término indefinido"*, regulando además en su cláusula quinta de manera expresa el término de duración de la siguiente manera:

> *"QUINTA: DURACIÓN DEL CONTRATO: Los primeros dos meses del presente Contrato se consideran como periodo de prueba y, por consiguiente. cualquiera de las partes podrá terminar el contrato unilateralmente, en cualquier momento durante dicho periodo. Vencido este, **la duración del contrato será INDEFINIDA**, mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. PARAGRAFO PRIMERO: El presente contrato se firma en desarrollo del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS) firmado entre EL EMPLEADOR y la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. "NUEVA EPS S.A.". por lo tanto, la duración indefinida está sujeta al tiempo que dure la relación contractual con dicha entidad, ya que las causas que le dan origen y la materia del trabajo dejarían de existir. PARAGRAFO SEGUNDO: Por lo anterior las partes acuerdan expresamente que al terminar la relación*

contractual entre EL EMPLEADOR y la "NUEVA EPS S.A.", el presente contrato se dará también por terminado, sin el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo.

En igual sentido, en el otrosí que suscribieran las partes, se pactó:

"La cláusula QUINTA quedará así: "DURACIÓN DEL CONTRATO: Los primeros dos meses del presente Contrato se consideran como periodo de prueba y, por consiguiente, cualquiera de las partes podrá terminar el contrato unilateralmente, en cualquier momento durante dicho periodo. Vencido este, la duración del contrato será ***INDEFINIDA*** *mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. PARAGRAFO PRIMERO: El presente contrato se firma en desarrollo del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS) firmado entre EL EMPLEADOR y la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. "NUEVA EPS S.A.", por lo tanto, la duración indefinida está sujeta al tiempo que dure la relación contractual con dicha entidad, ya que las causas que le dan origen y la materia del trabajo, dejarían de existir. PARAGRAFO SEGUNDO: Por lo anterior las partes acuerdan expresamente que al terminar la relación contractual entre EL EMPLEADOR y la "NUEVA EPS S.A.", el presente contrato se dará también por terminado, sin el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo".*

Así las cosas, debe advertirse que la interpretación sistemática de dicha cláusula, permite advertir que la voluntad de las partes, tanto en el contrato de trabajo como en el otrosí, fue pactar de manera expresa que el contrato de trabajo tendría una duración *indefinida*, trayendo a colación una condición propia de ese tipo de contrato, cual es la establecida en el numeral 2º del artículo 47 del C.S.T., que regula:

"ARTICULO 47. DURACIÓN INDEFINIDA:

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

"2o) ***El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo*** *[…].*

Así las cosas, se pactó que el contrato de trabajo tendría una duración indefinida, y únicamente en desarrollo de la regla normativa antes expuesta, esto es, que el contrato a término indefinido tendrá vigencia *"mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo",* es por lo que se determinaron en los parágrafos primero y segunda de la cláusula quinta, aquellas causas que le dieron origen, atinentes al contrato de prestación de servicios asistenciales del Plan Obligatorio de Salud (POS) firmado con la NUEVA E.P.S., sin que en manera alguna se haya pactado un contrato por duración de la obra o labor.

En ese orden de ideas, el artículo 47 del C.S.T. regula que el contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, así como la materia del trabajo, por ende, a juicio de la Sala le asiste razón al apelante al señalar que esa fue la duración pactada entre las partes, más aún cuando, se reitera, de manera expresa se pactó esa modalidad, e incluso así se la determinó en la liquidación definitiva del contrato de trabajo (fl. 37 archivo digital 02DemandaAnexos.pdf).

Una vez determinado lo anterior, y a *contrario sensu* de lo estimado por la *a-quo*, al tratarse de un contrato de trabajo a término indefinido, el hecho de haberse culminado el contrato con la NUEVA EPS, en manera alguna implica que se haya configurado uno de los medios legales de terminación del contrato de trabajo a término indefinido, ni las justas causas consagradas en el artículo 62 del C.S.T.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2525-2023, Radicación No. 95570 del 11 de septiembre de 2023, señaló:

> *"No le asiste razón alguna a la impugnante en los planteamientos que esboza en el cargo, pues, aunque ciertamente el artículo 47 del CST establece que al desaparecer las causas que dieron origen a la contratación y la materia del trabajo, el contrato puede terminarse*

legalmente por parte del empleador, también lo es que prevé el pago de la respectiva indemnización, consagrada en el artículo 64 ibidem.

"Y ello es así, pues sabido es que las justas causas de terminación de la relación contractual laboral están contempladas de manera taxativa en el artículo 62 del CST, sin que entre ellas figure el supuesto fáctico consagrado en el aludido precepto, por lo que la determinación de […] darle por terminado el contrato de trabajo […] de la manera en que lo hizo, deba catalogarse como injusta.

Así las cosas, la Sala concluye que el contrato de trabajo se pactó a término indefinido, y no se acreditó una de las justas causas que consagra el artículo 62 del C.S.T. para su finiquito de manera unilateral.

d. Despido Colectivo:

Una vez determinado lo anterior, se tiene que se pretendió de manera principal el reintegro de la trabajadora, aduciendo para ello que operó un *despido colectivo,* señalando el recurrente que se acreditó el despido de 135 personas, en una fecha para la cual la demandada contaba con 359 empleados, lo cual corresponde al 37% de planta de personal; transgrediéndose así el numeral 4º del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, ello en tanto no se obtuvo la autorización previa del Ministerio del Trabajo.

Ahora bien, en efecto el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, regula respecto del despido colectivo:

ARTÍCULO 67. El artículo 40 del Decreto-ley 2351 de 1965 quedará así:

"1. Cuando algún empleador considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores, parcial o totalmente, por causas distintas a las previstas en los artículos 5o, ordinal 1o, literal d) de esta ley y 7o, del Decreto-ley 2351 de 1965, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso. Igualmente deberá comunicar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores de tal solicitud.

"[…]

> *"4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podrá calificar un despido como colectivo sino cuando el mismo afecte en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30%) del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador, en aquellas empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50); al veinte por ciento (20%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cincuenta (50) e inferior a cien (100); al quince por ciento (15%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cien (100) e inferior a doscientos (200); al nueve por ciento (9%) en las que tengan un número de trabajadores superior a doscientos (200) e inferior a quinientos (500); al siete por ciento (7%) en las que tengan un número de trabajadores superior a quinientos (500) e inferior a mil (1000) y, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1000).*

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL SL660-2023, Radicación No. 93315 del 13 de marzo de 2023, señaló:

> *"2) Acorde con el tenor literal del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, para determinar la ocurrencia de un despido colectivo, debía estudiarse, en orden: i) el despido sin justa causa; ii) el número de trabajadores vinculados a la empresa y, iii) si en los últimos 6 meses fueron desvinculados dependientes en los porcentajes establecidos por el legislador.*
>
> *3) El juez laboral es competente para calificar tales despidos, así como sus efectos, ante la ausencia de decisión administrativa (CSJ SL16805-2016).*

En igual sentido, esa Corporación en sentencia SL4842-2019, Radicación No. 68148 del 30 de octubre de 2019, señaló:

> *"[…] de acuerdo con lo previsto en la norma cuya violación se acusa, y lo enseñado por esta Corte, en el trámite de las instancias era necesario haber establecido, para comenzar, el número total de trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo a la compañía demandada, prueba que no figura en el proceso, por lo cual no se pudo entonces, ni ahora, corroborar si se incurrió en despidos colectivos, además, con la prueba documental allegada (certificados expedidos de la EPS fl. 112), no es posible conocer la cantidad de trabajadores vinculados a la empleadora en una fecha concreta que permitiera contabilizar el período de seis meses exigido en la ley, como tampoco la causa de su desvinculación, hecho de transcendental importancia pues, como es sabido, para que se incurra en despidos colectivos, solo cuentan las*

> *desvinculaciones de los trabajadores que obedezcan a decisión unilateral sin justa causa.*

Así las cosas, se tiene que a efectos de acreditar la totalidad de trabajadores de la empresa se aportó certificado dirigido al Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá (fl. 114 archivo digital 06ReformaDeLaDemanda.pdf), no obstante, el mismo solo da cuenta que en la *sede Kennedy* en la ciudad de Bogotá y "*en pro del contrato de prestación de servicios asistenciales del plan obligatorio de salud (POS) que nuestra sociedad ejecutaba para la Nueva EPS*" con corte a 31 de julio de 2019, existían 135 personas.

Documental que en manera alguna acredita el total de trabajadores de la empresa, pues se refiere solo una sede de la sociedad y a trabajadores que ejecutaban u contrato específico con la NUEVA EPS; en igual sentido, se allegó un certificado (fl. 2 archivo digital 16MemorialAllegaCertificacion.pdf), que reza:

> *"Paola Andera Moreno Rodríguez, mayor de edad, identificada civilmente como aparece el pie de mi firma, actuando en calidad de Representante Legal de A&P Andar S.A.S, me permito certificar la vinculación de personal que se relaciona a continuación de las sedes Kennedy, Alquería, 20 de Julio, Barrios Unidos y primavera en la ciudad de Bogotá* ***en pro del contrato de prestación de Servicios asistenciales del plan obligatorio de Salud (POS) que nuestra sociedad ejecutaba para la Nueva EPS****.*
>
> *"KENNEDY 131*
> *"ALQUERIA 66*
> *"20 DE JULIO 59*
> *"BARRIOS UNIDOS 56*
> *"PRIMAVERA 47*
>
> *"Con corte al 31 de agosto de 2018: 359 personas".*

Prueba documental que, de igual manera, se limita a referir el número de trabajadores que laboraban para la sociedad en virtud del contrato de prestación de Servicios asistenciales del plan obligatorio de Salud (POS) que ejecutaba para la Nueva EPS, sin que haya mencionado que se trataba de la

totalidad de trabajadores de la sociedad, la cual incluso tras la culminación del contrato continuó explotando su objeto social, pues se certificó como se refirió en anterioridad, que para el 2019 laboraban 135 personas en la sede Kennedy, siendo que los despidos colectivos aducidos, datan del mes de agosto de 2018.

En ese orden de ideas, no se acreditó de manera fehaciente que la totalidad de trabajadores de la empleadora ascendieran a 359, pues dicho dato corresponde a las personas que laboraban en la ejecución de un específico contrato suscrito con la NUEVA EPS, certificado frente al cual no se solicitó aclaración o complementación alguna por la parte demandante cuando fue incorporado al plenario.

Así las cosas, al no prosperar la pretensión principal de reintegro, y al haberse arribado a la conclusión de haber operado un despido sin justa causa, se condenará a la parte demandada al pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T. (*pretensión subsidiaria*). Así las cosas, según la liquidación definitiva, la accionante devengaba como salario la suma de $1.144.000; de igual manera el contrato estuvo vigente entre el 4 de marzo de 2014 y el 31 de agosto de 2018, por lo que la indemnización se calcula de la siguiente manera:

Periodo	Número de días
4 de marzo de 2014 a 3 de marzo de 2015	30
4 de marzo de 2015 a 3 de marzo de 2016	20
4 de marzo de 2016 a 3 de marzo de 2017	20
4 de marzo de 2017 a 3 de marzo de 2018	20
4 de marzo de 2018 a 31 de agosto de 2018	9,8
TOTAL	99,8

De tal manera, que le corresponden 99,8 días de salario a título de indemnización, lo cual corresponde a $3.805.706, suma que deberá ser

cancelada de manera indexada desde la fecha de causación (31 de agosto de 2018), hasta la fecha en que se haga el pago efectivo.

e. Solidaridad:

Finalmente, respecto de la solidaridad deprecada, se debe señalar que al tratarse la accionada de una sociedad por acciones simplificadas, no opera respecto de los socios la solidaridad consagrada en el artículo 36 del C.S.T., la cual se refiere a *"las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio".* Aunado a lo anterior, no se acreditó que el señor VÍCTOR ALFONSO GARCÍA LÓPEZ funja como socio de la accionada.

De otra parte, el artículo 34 del C.S.T., regula la responsabilidad solidaria del contratista independiente, de la siguiente manera:

> *"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.*
>
> *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*
>
> *"2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.*

Ahora, en el presente asunto se tiene que el contrato era el atinente a prestar servicios como IPS, laborando la accionante, entre otras funciones, en asignación de citas médicas y demás atinentes a dicha actividad, la cual se relaciona con los servicios de salud de los afiliados a la NUEVA EPS. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1498-2023, Radicación No. 91709 del 20 de junio de 2023, señaló:

> *"4. De la solidaridad de Salud Total EPS-S S.A.*
>
> *"De manera preliminar importa precisar que el reparo de la EPS acerca de la solidaridad decretada por el a quo, únicamente tiene que ver con que, en el presente asunto, no se cumplen los presupuestos fácticos exigidos por el artículo 34 del CST, pues las labores del contratista son ajenas al objeto comercial de la EPS, en la medida en que esta no se encarga de la prestación de los servicios asistenciales de salud, ya que su actividad misional es de aseguramiento.*
>
> *"[…]*
>
> *Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que, si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.*
>
> *"Quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.*
>
> *"El artículo 177 de la Ley 100 de 1993 preceptúa:*
>
> *"ARTÍCULO 177. DEFINICIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del*

recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.

*"**Aunque es cierto que la responsabilidad de las EPS no es otra que la de llevar a cabo las afiliaciones de las personas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ello no significa que la prestación de estos servicios sea una actividad que les resulte extraña, pues a la luz de la preceptiva citada, evidentemente le asiste el interés y la obligación de garantizarlos a sus afiliados**.*

"En tales condiciones, como quiera que la labor desplegada por la demandante como médico vinculada laboralmente al servicio de Virrey Solís IPS S.A. no era extraña a las actividades normales de Salud Total EPS S.A., en la medida en que los pacientes de aquella eran los afiliados a esta, forzoso resulta colegir que se dan los presupuestos de la solidaridad contemplados en el artículo 34 del CST.

De tal manera, que resulta procedente la condena solidaria a la NUEVA EPS, pues el contrato de prestación de servicios con ANDAR S.A.S., hacía referencia a la prestación de servicios de salud a sus afiliados, siendo la labor de la actora ejecutada en desarrollo de dicho marco contractual.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, debe señalarse que no operó en tanto la demanda se radicó el 18 de agosto de 2020, siendo admitida el 20 de septiembre de la misma anualidad y notificadas las partes accionadas en término inferior a un año.

Así las cosas, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las de primera instancia a cargo de las accionadas ANDAR S.A.S. y la NUEVA E.P.S.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad ANDAR S.A.S. y solidariamente a LA NUEVA EPS, a pagar a la accionante JOHANDRY LORENA ORTIZ CHIQUILLO, la suma de $3.805.706, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, monto que deberá ser indexado desde la fecha de causación, 31 de agosto de 2018, hasta la fecha en que se haga el pago efectivo.

TERCERO: ABSOLVER a ANDAR S.A.S. y a LA NUEVA EPS de las restante pretensiones y a VÍCTOR ALFONSO GARCÍA LÓPEZ y MARTHA SUSANA LOPEZ QUINTIN, de todas las pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones probadas por pasiva.

QUINTO: CONFIRMAR en lo restante la decisión de primer grado.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de ANDAR S.A.S. y a LA NUEVA EPS, en la suma de $350.000. Las de primera instancia corren a cargo de las accionadas ANDAR S.A.S. y LA NUEVA EPS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **39 2022 00539 01**
Demandante:	RICARDO MAURICIO VARGAS SALAMANCA
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2023 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RICARDO MAURICIO VARGAS SALAMANCA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., con el fin de declararse la ineficacia de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de septiembre de 1994 por intermedio de PROTECCIÓN S.A., por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente asesoría e ilustración al no haberse suministrado una información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de

cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En virtud de lo anterior, también solicita se declare la ineficacia de los traslados horizontales realizados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como que debe declarar que en todo momento ha permanecido legalmente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En tal sentido, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado de régimen llevado a cabo el 1º de septiembre de 1994.

Se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, devolviendo todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales ni por cualquier otro concepto.

Asimismo, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES las sumas de dinero cobradas por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro rubro recibido durante su permanencia en esa administradora, sumas que deberán devolverse de manera indexada.

Se ordene a COLPENSIONES recibir los dineros trasladados desde el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., y una vez reciba lo de su cargo proceda reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, corrija y actualice su historia laboral.

Por último, se les condene a las demandadas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que nació el 12 de mayo de 1964, afiliándose al sistema general de pensiones por intermedio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 14 de septiembre de 1987.

Mencionó que el 1º de septiembre de 1994 se trasladó del Régimen de Prima con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante afiliación en PROTECCIÓN S.A., afiliación que no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración oír parte de esa entidad, al no haber suministrado una información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Puso de presente que el 1º de junio de 1998 llevó a cabio un traslado horizontal con destino a COLFONDOS S.A., retornándose nuevamente a PROTECCIÓN S.A. el 1º de marzo de 1999, sin que se le hubiese hecho una precisión en cuanto a la comparación de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de los mismos, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda argumentando que la afiliación realizada por el demandante ante sus dependencias se llevó a cabo previo a una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en las que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, entre otros aspectos.

Propuso las excepciones de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, exponiendo que dentro del plenario no yace prueba de que efectivamente al demandante se le hizo incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de la AFP, o de que nos encontremos en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, como tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte del actor.

Impetró las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. expuso que el formulario de afiliación suscrito por el demandante ante sus dependencias fue diligenciado de manera espontánea, precedido de una asesoría adecuada, correcta y suficiente, afiliación que constituyó un acto jurídico válido que produjo efectos hasta el momento en que nuevamente de manera voluntaria y con pleno conocimiento, realizó un sin número de traslados con las diferentes administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la denominada inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de octubre de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que el traslado que hizo el señor **RICARDO MAURICIO VARGAS SALAMANCA** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1994 es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto alguno, por lo que deberá entenderse que la demandante jamás se separó del régimen de prima media, lo que también se debe entender con la afiliación que se hizo a **COLFONDOS S.A.** en el año de 1998.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** a que transfieran a **COLPENSIONES**, todas los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todos estos conceptos debidamente indexados, al momento de cumplir esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los siclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, tal como lo ha ordenado la Corte Suprema de Justicia para vigilar el cumplimiento. Tiempos en que estuvo afiliado el demandante a uno u otra entidad: Colfondos del 1 de julio de 1998 al 28 de febrero de 1999 y PROTECCIÓN del 1 de septiembre de 1994 hasta el 30 de junio de 1998 y luego del 1 de marzo de 1999 en adelante.*
>
> ***TERCERO: ORDENARLE** a **PROTECCIÓN** a que transfieran a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con su rendimiento y bono pensional en caso de que ya se haya redimido, también con la misma exigencia que se hace en el numeral anterior, esto es brindar la información con los datos discriminados en valor junto con el detalle pormenorizados de los siclos, IBC, aportes y demás información relevante para vigilar el cumplimiento.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reciba los dineros de los que se habla en los numerales segundo y tercero y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad, teniendo el deber de consolidar la historia laboral con el reporte que hagan las entidades anteriores.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las partes demandadas.*

***SEXTO: INFORMAR** a **COLPENSIONES** que en caso de que no sean suficientes los dineros que hoy se ordena enviar puede obtener el resarcimiento de los perjuicios contra de COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A.*

***SEPTIMO: CONDENAR** a **COLFONDOS** y **PROTECCIÓN S.A**., al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $1.160.000.*

***OCTAVO: ORDENAR** la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a **COLPENSIONES.**"*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la posibilidad de elección de uno de los dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos. Además, los artículos 271 y 272 *ejusdem*, consagran las sanciones y efectos al quebrantamiento a dicha elección.

De otro lado, señaló que lo adoctrinada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, refiere a que la decisión de elección de régimen debe ser libre y voluntaria, por lo que debe existir un consentimiento informado o una libertad informada, lo cual se da cuando se indican las características, beneficios, condiciones y diferencias de uno y otro régimen, y las consecuencias que implica el traslado, además los fondos deben tener en cuenta todos los aspectos que influyen en la adquisición del derecho pensional y explicar al posible afiliado como si se tratara de uno lego.

En lo que atañe a la carga de la prueba dijo que corresponde a la administradora de pensiones demandada, demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados ya que son quienes tienen la información, además cuando se realiza una negación indefinida según el artículo 167 del C.G.P., se invierte la carga de la prueba.

Concluyendo que, en el *sub-examine* no se probó el cumplimiento de dicho deber de información, lo cual no se prueba únicamente con el formulario de afiliación, además del interrogatorio de parte del actor no se extrae confesión sobre el cumplimiento de ese deber, pues no se advierte que se le haya informado sobre características generales de los regímenes pensionales.

Declarando así, la ineficacia del traslado de régimen de la actora y la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte de PROTECCION y COLFONDOS S.A. de los gastos de administración durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado ante sus dependencias, junto con los seguros previsionales y el porcentaje de la garantía mínima, todos debidamente indexados.

Además de lo anterior, argumentó que por ser PROTECCIÓN S.A. la última entidad donde se encuentra actualmente afiliado el actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberá remitir con destino a COLPENSIONES lo que obre en la cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración y el bono pensional en que caso de que se haya redimido, mientras que COLPENSIONES deberá recibir los dineros provenientes del régimen privado, al igual que reactive la afiliación del demandante sin solución de continuidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que la única motivación de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es la parte económica, pero sin que conozca los beneficios con que goza en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

También encontró reproche en lo que atañe a la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, en tanto los mismos se encuentran regulados por mandato legal, máxime si se tiene en cuenta que en la actualidad el demandante no tiene en su cuenta de ahorro individual el dinero suficiente para adquirir una prestación, de allí que los mismos lo que buscan es multiplicar el capital, sin que haya lugar entonces a la devolución de estos rubros.

Además, expuso que, de retornar los gastos de administración con destino a COLPENSIONES conllevaría a que se ingresara un doble dinero en el patrimonio de ésta última.

Solicitó la absolución de costas procesales por cuanto alude que el asunto de marras no es conciliable, por lo que se depende COLPENSIONES.

En últimas, también indicó no ser procedente la devolución de los seguros previsionales por cuanto son dineros que no ingresan propiamente al patrimonio como entidad.

De otra parte, COLPENSIONES adujo en su alzada que debe tenerse en cuenta la inversión de la carga de la prueba, como quiera que la misma no puede recaer únicamente en cabeza de las AFP, ya que el demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que suscribía, adicional a que no se puede considerar al actor la parte débil del proceso por cuanto tiene las capacidades de ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de*

pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que dentro del proceso el único formulario de afiliación que se aportó al plenario fue el que suscribiera el actor con COLPENSIONES el 18 de agosto de 1994 (Fl. 39 – PDF 08 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.); sin embargo, de los demás medios de convicción se puede colegir que con posterioridad, el actor tuvo un traslado horizontal con destino a COLFONDOS S.A. efectivo a partir del mes de junio de 1998, retornando con posterioridad a PROTECCIÓN S.A. nuevamente en el mes de marzo de 1999, última donde se encuentra afiliado actualmente.

En tal sentido, pertinente resulta poner de presente que, si bien los formularios de afiliación refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una

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

Por otra parte, el aquí demandante señor RICARDO MAURICIO VARGAS SALAMANCA en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1994, se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

De otra parte, si bien yace una reasesoría que efectuara PROTECCIÓN S.A. al actor el 29 de marzo de 2016 (Fl. 43 – PDF 08 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), tal situación no puede ser entendida como una asesoría ajustada a derecho en interpretación de la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre, en la medida que la presunta información debió llevarse a cabo desde la suscripción del acto primigenio con que se produjo el traslado, situación que no se produjo.

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de

los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

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

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

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

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

restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

> *"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de*

> *garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados"* (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a quo* en la decisión de primera instancia, así como que dispuso que las sumas que debe indexar PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, situaciones todas por las que habrá de confirmarse la decisión primigenia en este aspecto.

Por último, en el recurso de alzada interpuesto por COLFONDOS S.A. solicita la absolución de las costas procesales. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

De esa forma, al haber sido evidente que COLFONDOS S.A. es el fondo pensional donde el actor estuvo afiliado en algún momento, adicional a que en la contestación de la demanda la referida encartada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue a ciertas órdenes a razón de la declaratoria de

ineficacia, la Sala puede concluir acerca de la prosperidad de estos emolumentos, pues resulta evidente que fue vencida en juicio.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARA VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 39 2022 00539 01 DE RICARDO MAURICIO VARGAS SALAMANCA contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

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

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Proceso Sumario:	110012205000 **2023 01037 01**
Demandante:	WILMAR TORRES DURÁN
Demandado:	EPS SANITAS S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por EPS SANITAS S.A., en contra de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DEMANDA:

El señor WILMAR TORRES DURÁN promovió demanda ordinaria en contra de EPS SANITAS S.A.S., a fin de que se le ordene a la encartada y a su favor, el reconocimiento económico por valor de $9.055.600, a razón de los gastos en que incurrió por concepto de la atención de urgencias.

En respaldo de sus súplicas, indicó que es contador y está afiliado desde el 1º de junio de 2019 a la EPS SANITAS, igualmente, sostuvo que el 19 de junio de 2020 el doctor José Ignacio Barraquer en consulta médica particular especializada llevada a cabo en la Clínica Barraquer - Centro Oftalmológico – Oftálmos S.A., le diagnosticó desprendimiento de retina de su ojo derecho y le explicó la gravedad

del diagnóstico, ya que de no ser atendido de manera oportuna e inmediata podía perder el ojo derecho, con la consecuente pérdida de capacidad visual, situación que afectaría su desempeño en sus labores cotidianas, y en su estado de ánimo.

Ante la gravedad de su estado de salud el galeno le recomendó de manera urgente practicarse la cirugía denominada *"vitrectomía + cerclaje + laser + silicón ojo derecho"*, la cual se llevó a cabo el 23 de junio de 2020. De otro lado, sostuvo que ante la urgencia y la necesidad de practicar el procedimiento quirúrgico no le era posible, ni medicamente recomendable esperar a que se surtiera el proceso administrativo ante la EPS accionada lo que implicaba llevar a cabo diversos trámites que habrían tardado más de seis (6) meses, espera que ante su diagnóstico de desprendimiento de retina sería catastrófico, ante la posible pérdida de la visión.

Igualmente, relató que la cirugía de *"vitrectomía + cerclaje + láser + silicón ojo derecho"*, tuvo un costo de $9.055.600 conforme se extrae de la factura No. FE-93449 del 25 de junio de 2020.

1.2 TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante auto del 20 de enero de 2021 admitió la demanda en contra de EPS SANITAS y además requirió a esa EPS y a la CLINICA BARRAQUER para que aportara la documental que allí relacionó.

A razón de ello, EPS SANITAS S.A.S. contestó la demanda manifestando que rechaza la solicitud del actor de que se le pague $9.055.600, al carecer de fundamento legal y jurídico, por cuanto no le ha negado los servicios POS, al contrario se autorizaron todas las actividades y valoraciones dentro de la red adscrita con el fin de tratar la patología del promotor, aclarando que éste decidió continuar con la atención particular, así mismo esta obedeció a una atención de una cirugía programada y no de una urgencia incumpliendo los requisitos para la

procedencia del reembolso establecidos en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994.

No formuló las excepciones de improcedencia de la petición por imposibilidad de alegar propia culpa y la de inexistencia de obligación de reembolso por inexistencia de situación de urgencia e inexistencia de negativa injustificada o negligencia demostrada.

OFTALMOS S.A. CLÍNICA BARRAQUER en su respuesta al requerimiento del *a-quo* refirió que es una institución privada que no cuenta con convenio con entidades promotoras de salud, así como tampoco pertenece a la red de prestación de servicios de las mismas, lo cual explico al gestor quien el 19 de junio de 2020 fue atendido como paciente particular en el servicio de consulta externa de Oftalmología de esa clínica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD profirió sentencia el 15 de diciembre de 2022, mediante la cual accedió a las súplicas de la demandante, por lo que ordenó a la EPS SANITAS reconocer y pagar a favor de éste la suma de $9.055.600,58 en el término de cinco días a partir de la ejecutoria del fallo. Decisión que fue corregida en proveído de 8 de junio de 2023, en lo que respecta al nombre del promotor.

Para arribar a dicha conclusión, la Juez de instancia refirió que a fin de garantiza el derecho a la salud de los usuarios del Sistema General en Pensiones el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019, en su literal b establece tres escenarios en los que es posible el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado.

En virtud de lo anterior, al examinar la demanda, la contestaciones y los diferentes medios de prueba recaudados, tales como la historia clínica del gestor,

la factura electrónica FE-93449 y la respuesta de la Clínica Barraquer, los que dijo examinó con la ayuda del profesional en salud José Agustín Arias Millán en aras de verificar la procedencia de las suplicas del promotor, aclarando que no se trata de una prueba técnica judicial, concluyó que se evidenciaba que, el día 19 de junio de 2020 el actor ingresó a la Clínica Barraquer por cuanto un antes mes empezó a notar disminución de la AV del OD de manera progresiva, siendo valorado por los médicos quienes diagnosticaron desprendimiento de retina en el ojo derecho, por ende, ordenaron tratamiento quirúrgico de vitrectomía + cerclaje + laser + silicón ojo derecho, procedimiento realizado el 23 junio de 2020 en la Clínica Barraquer.

Precisó que el término desprendimiento de retina (DR) se utiliza para describir la separación entre la retina neurosensorial y el epitelio pigmentario retinal (EPR) subyacente y que al ser una urgencia oftalmológica su avance progresivo puede llevar a la ceguera total, por lo que sí bien es cierto la cirugía no tiene que realizarse el mismo día en el que se diagnostica, sí conviene llevarla a cabo lo antes posible, reiterando que se trata de una urgencia que de no ser tratada a tiempo conllevaría a la perdida irreversible de la visión, es decir, a la ceguera en el ojo derecho del afiliado, lo que si bien no pone en riesgo su vida, hace que no pueda vivirla en condiciones dignas, por lo que no son de recibo las afirmaciones de la pasiva referentes a que no es procedente el reembolso al no aceptar el manejo de su diagnóstico en su red adscrita, sino de forma particular, ordenando el reembolso deprecado.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la EPS SANITAS S.A.S. la apeló. Insistió en su alzada que la sentencia presenta inconsistencias ya que en la parte motiva hace referencia a que el demandante venía desde "*hace un mes*" con molestias en su ojo derecho, específicamente con disminución gradual y progresiva de la visión, entonces, no es cierto que la cirugía programada desde el 19 de junio de 2020 para ser realizada el 25 de junio sea una urgencia.

Refirió que en la contestación de la Clínica Barraquer, da claridad que el paciente acudió de manera particular y que esa institución no tiene convenios con ninguna EPS, enfatizando que esa entidad por el contrario cuenta con profesionales idóneos y con la suficiente experiencia para realizar en el menor tiempo posible el anclaje con aceite más la vitrectomía que necesitaba el demandante.

Aunado a que se echa de menos en el análisis del médico asesor de la Superintendencia Nacional de Salud que no hiciera referencia puntualmente al estudio de la historia clínica en el que se ordenaron los exámenes, para confirmar el diagnóstico del desprendimiento de retina, sino que parte que es una urgencia y que procede el reembolso a tarifa total y plena para particulares de la Clínica Barraquer, sin embargo, consiente de la necesidad médica del paciente, realizó un ofrecimiento formal por la suma de $4.778.760, recordando que los recursos del sistema de salud son limitados y es deber de todos cuidarlos para cubrir a más usuarios y se debió correr traslado de dicho ofrecimiento al gestor para garantizar su derecho de defensa para haber llegado a una conciliación que hubiese terminado el proceso, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado o en subsidio se considere su ofrecimiento, el cual sigue a disposición del demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico se contrae a determinar si en el *sub-examine* resulta procedente el reembolso de las sumas que asumió el extremo activo por concepto de gastos en que incurrió en el tratamiento quirúrgico de vitrectomía + cerclaje + laser + silicón ojo derecho, el 23 junio de 2020 en la Clínica Barraquer.

4.2. DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 48 de la Constitución Política, dispone:

> *"ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley".*

Asimismo, el numeral 4º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 12 del artículo 13 de la Ley 1438 de 2011, disponen para los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la posibilidad de escoger libremente la entidad promotora de salud (EPS). De dicha selección depende la red de instituciones prestadoras de salud (IPS) que atenderán las contingencias que se puedan presentar.

Sobre esta limitación, la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2015, ha referido que "*la libertad de escogencia constituye un derecho en doble vía, pues en primer lugar es la facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en las que se suministrarán los mencionados servicios, y por el otro representa la potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que se celebrarán convenios y la clase de servicios que se presentarán a través de ellas*". Por ello, en principio, los afiliados están obligados a acudir para la atención de las contingencias de salud que se les presenten, a las IPS que forman parte de la red a la cual se encuentran vinculados.

Sin embargo, cuando en dichas instituciones no se garantice la prestación integral del servicio al afiliado, es factible acudir a entidades no vinculadas a la red de servicios. En esta materia se refirió la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2003, así: "*las EPS's (…) tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las*

instituciones donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución".

A su vez, el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019 que modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que establece las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud señala que puede conocer de:

> *"b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:*
>
> *1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.*
>
> *2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.*
>
> *3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios."*

El artículo 3º del Decreto 412 de 1992 define la urgencia médica en su numeral 1º como *"la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte."* Entre tanto, el artículo 9º de la Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, define la urgencia como *"la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras."*

En tal sentido, es menester advertir en primer lugar que la demandada EPS SANITAS S.A.S. no se opuso a la afiliación del demandante a esa entidad promotora de salud.

Tampoco el hecho que conforme se acredita de la historia clínica de la actor, en los días 19 y 20 de junio de 2020 fue atendido en la Clínica Barraquer la cual no hace parte de la red de prestadores de la accionada EPS SANITAS S.A.S., en donde le fue diagnosticado desprendimiento de regmatogeno de la retina en el ojo derecho y a razón de ello le fue practicada cirugía el 24 de junio de 2020 de *"cerclaje+ vitrectomía + silicón en ojo derecho por desprendimiento de retina"*, la cual tuvo un valor de $9.055.600 según factura No. FE-93449 del 25 de junio de 2020.

Ahora bien, aduce la apelante que el médico asesor de la Superintendencia Nacional de Salud no analizó la historia clínica del actor en la que se ordenaron los exámenes, para confirmar el diagnóstico del desprendimiento de retina, aseveración que no tiene asidero, pues en primer lugar quien valora las pruebas es el Juez, lo cual en efecto realizó el fallador de primer grado, según viene de verse; quien enfatizó que dentro de los medios de prueba que valoró se encontraba la Historia Clínica del actor que se allegó al informativo, la que fue verificada por el profesional de la medicina que le ayudó en tal examen, aclarando que no se trataba de una prueba técnica.

Luego, la historia clínica fue tenida en cuenta por el *a-quo* en su decisión concluyendo que se trataba de un desprendimiento de retina del ojo derecho, diagnóstico que se trataba de una urgencia oftalmológica, el que si bien no se realizó el mismo día en que fue diagnosticado, es decir, el 19 de junio de 2020, requería de intervención lo más pronto posible al ser progresiva y vulnerar el derecho fundamental a la vida digna, pues de otra forma ello conllevaría a que perdiera la visión, aspecto que no resulta de poca monta, por eso se llevó a cabo el 24 de ese mes y año.

En virtud de lo anterior, para la Sala al igual que lo concluyó el Juez de primer grado, el diagnóstico del actor en efecto se trataba de una urgencia que requería de intervención especializada lo más pronto posible para prevenir consecuencias irreversibles a futuro en la visión del actor, de modo que, así la pasiva contara con profesionales de la salud adscritos a su red de prestadores que hubieran podido atenderlo, no era viable someter al promotor a largos procedimientos médicos y trámites administrativos, por eso resulta entendible la necesidad del demandante que costear de su propio peculio el procedimiento medico al cual fue sometido.

En cuanto al ofrecimiento que dice la acciona efectuó al actor de $4.778.760. Debe indicar esta Colegiatura que si bien le asiste la razón en sostener que los recursos del sistema de salud deben ser cuidados, no menos es cierto que no se vulnera su derecho de defensa al no haber ofrecido la posibilidad de conciliación en el presente asunto, al tratarse de un procedimiento sumario, sin que ello impidiera que hubiese hecho saber directamente tal oferta al gestor, lo que sin embargo, en el presente tramite ya se probó que no cubre el valor total en el que incurrió el afiliado en el procedimiento que le fue practicado de urgencia.

Por ello, que es acertada la condena impuesta por el ente superintendencial, máxime si se tiene en cuenta que, según lo expuesto el actor sufragó los gastos en que incurrió, los cuales fueron puestos en conocimiento de la encartada como dan cuenta las solicitudes de reembolso, sin que fuesen devueltos en ningún momento al considerar que no se trataba de una urgencia; situaciones todas que conllevan a concluir que la sentencia de primer grado debe ser confirmada en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el proferida el 15 de diciembre de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Proceso Sumario:	110012205000 **2023 01084 01**
Demandante:	NILSON DE JESÚS TANGARIFE ESCOBAR, como agente oficioso de la señora LUZ ELENA QUINTERO BETANCOURTH
Demandado:	MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN, en contra de la sentencia proferida el 8 de junio de 2023 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DEMANDA:

El señor NILSON DE JESÚS TANGARIFE ESCOBAR, actuando como agente oficioso de la señora LUZ ELENA QUINTERO BETANCOURTH, promovió demanda con la finalidad que se le ordene a la demandada MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN el reconocimiento económico en la suma de $18.542.000, como consecuencia en los gastos en que incurrió en la atención de urgencias.

En respaldo de sus súplicas, refirió que la demandada no brindó de manera permanente la atención necesaria a su cónyuge LUZ ELENA QUINTERO BETANCOURTH en virtud del tratamiento de su patología de aneurisma cerebral,

a pesar de haberse gestionado todos los trámites ante dicha entidad, sin que fuese posible el cuidador de 8 horas, terapias físicas y de lenguaje y el transporte, lo que ha conllevado a que dichos gastos tuviesen que ser costeados de manera particular.

Indicó que la entidad promotora de salud demandada negó los reembolsos con el argumento que la autorización no correspondía con la fecha de prestación de los servicios, a pesar de que la documentación para que se emitiera la autorización de lo pertinente se le comunicó a la encartada dentro del término establecido.

1.2 TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante auto del 19 de enero de 2022 admitió la demanda en contra de MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN.

A razón de ello, MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda indicando que, como entidad promotora de salud, cumple la función de organizar y garantizar del plan obligatorio de salud y las que se encuentran plenamente definidas de conformidad con lo establecido en los artículos 177 y 178 de la Ley 100 de 1993, coligiendo en términos generales que a la señora LUZ ELENA QUINTERO BETANCOURTH se le ha venido brindando la atención en salud correspondiente.

Asimismo, expuso que fueron debidamente generadas y tramitadas las autorizaciones de las solicitudes radicadas por la usuaria. No formuló medio exceptivo alguno.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD profirió sentencia el 8 de junio de 2023, por medio de la cual accedió de manera parcial a la pretensión del señor NILSON DE JESÚS TANGARIFE ESCOBAR, actuando como agente oficioso de la

señora LUZ ELENA QUINTERO BETANCOURTH, por lo que ordenó a MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN reconocer y pagar la suma de $15.942.000 según lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, que consigna las reglas para el pago de obligaciones litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio.

Para arribar a dicha conclusión, el ente superintendencial refirió que en atención de los postulados legales, especialmente lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, los servicios de salud que les corresponde prestar a las entidades que administran el sistema de seguridad social en salud deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de esa forma se garantice la protección integral y demás principios y fundamentos que inspiran el sistema introducido en la mentada Ley 100 de 1993, por lo que en el caso de la demandante se evidencia una falta de oportunidad en la gestión de su traslado a una IPS dentro de la red prestadora de salud de IV nivel, a efectos de prestarle los servicios médicos necesarios.

Adicionalmente, destacó encontrarse debidamente demostrado dentro del plenario el pago incurrido por la parte demandante y que fuese objeto de condena.

Finalmente, se expuso que atendiendo las competencias que le asiste a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD en los términos dispuestos en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, a este tipo de conflictos litigiosos corresponde darles el tratamiento establecido en el Decreto 2555 de 2010, en lo relativo a las obligaciones litigiosas, en aquellos casos donde la parte responsable del pago se encuentre inmersa en un trámite o proceso liquidatorio.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN la apeló. Insistió en su alzada una falta de solicitud formal de desembolso por parte de la demandante, incumpliéndose con ello lo señalado en la normatividad al tenor de

la Resolución 5261 de 1994, así como que se ha dado cumplimiento en legar forma a todas las órdenes generadas por la accionante.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico se contrae a determinar si en el *sub-examine* resulta procedente el reembolso de las sumas que asumió el extremo activo por concepto de gastos incurridos a razón de la falta de atención por parte de la demandada EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN.

4.2. DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 48 de la Constitución Política, dispone:

> *"ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley".*

Asimismo, el numeral 4º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 12 del artículo 13 de la Ley 1438 de 2011, disponen para los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la posibilidad de escoger libremente la entidad promotora de salud (EPS). De dicha selección depende la red de instituciones prestadoras de salud (IPS) que atenderán las contingencias que se puedan presentar.

Sobre esta limitación, la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2015, ha referido que "*la libertad de escogencia constituye un derecho en doble vía, pues en primer lugar es la facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en las que se*

suministrarán los mencionados servicios, y por el otro representa la potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que se celebrarán convenios y la clase de servicios que se presentarán a través de ellas". Por ello, en principio, los afiliados están obligados a acudir para la atención de las contingencias de salud que se les presenten, a las IPS que forman parte de la red a la cual se encuentran vinculados.

Sin embargo, cuando en dichas instituciones no se garantice la prestación integral del servicio al afiliado, es factible acudir a entidades no vinculadas a la red de servicios. En esta materia se refirió la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2003, así: "*las EPS's (...) tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución*".

En tal sentido, es menester advertir en primer lugar que la demandada EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN no se apuso a la afiliación de la señora LUZ ELENA QUINTERO BETANCOURTH ante sus dependencias.

Tampoco el hecho que conforme se acredita de la historia clínica de la señora LUZ ELENA QUINTERO BETANCOURTH, se evidencia que el 1º de septiembre de 2020, acudió a consulta externa por neurología en el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA a cargo de la EPS MEDIMÁS, registrándose que asiste a control de neurocirugía, paciente con historia de aneurisma cerebral que requirió manejo quirúrgico con craneotomía en diciembre de 2018, y posterior manejo con terapia endovascular con manejo en UCI y con cuadro de vaso espasmo previo a cirugía que generó lesión isquémica secundaria y con secuelas de hemiparesia derecha y afasia, requiere como plan de tratamiento manejo con terapia física 30 sesiones por 3 meses, terapia del lenguaje 30 sesiones domiciliarias por 3 meses, cuidador 8 horas por 30 días por 3 meses, control en

2 meses, visita médica domiciliaria 1 vez por 3 meses y suministro de fenitoína 300 mg cada noche por 3 meses.

Así las cosas, destaca la Sala que clara resultaba la necesidad de la demandante que de su propio peculio debiera costear los tratamientos y demás situaciones conexas a su afectación en salud, costo que se encuentra debidamente soportado como da cuenta la factura de venta acreditadas a juicio (CARPETAS ANEXOS – EXPEDIENTE DIGITAL), las cuales por demás fueron las mismas tenidas en cuenta por el ente superintendencial que ascendieron a la suma de $15.942.000, sin que fuesen refutadas de falsas.

Por ello, ante la notoria falta de atención en salud de la EPS a razón de los cuidados y atención personalizada que necesitaba la señora LUZ ELENA QUINTERO BETANCOURTH en su momento, palmaria resulta la condena impuesta por el ente superintendencial, máxime si se tiene en cuenta que, según lo expuesto, los gastos se sufragaron de manera personal y puestos en conocimiento a MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN.

Ahora, si bien la EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN adujo resultar extemporánea la solicitud de reembolso, reitera la Sala que plenamente quedó acreditada la carencia de la pasiva para garantizar la atención en salud de la señora LUZ HELENA, en tanto, clara fue la deficiencia de la prestación integral del servicio de salud que debió realizar la encartada, sin que se haya consagrado un requisito de procedibilidad de la presente acción, como un trámite interno ante la EPS.

De otra parte, pone la Sala de presente que si bien MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN entró en proceso liquidatorio como lo determina la Resolución No. 2022320000000864 – 6 del 8 de marzo de 2022, en la que se establecieron unas pautas a través de la cuales los presuntos acreedores de obligaciones deben hacerse parte del proceso liquidatorio, también debe advertirse que a la luz de lo preceptuado en el Decreto 2555 de 2010 *“por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se*

dictan otras disposiciones", en su artículo 9.1.3.5.10 - *Reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso*, se dispuso:

> *"Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:*
>
> *a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso. En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.*
>
> *"Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;*
>
> *"b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago."*

Así las cosas, como lo dispuso el ente Superintendencial y de conformidad con lo preceptuado 41 de la Ley 1122 de 2007, claro es que la es la misma normativa es quien le otorga a la Superintendencia facultades de Juez para actuar como tal en asuntos como el de marras, de allí que deban seguirse los lineamientos del artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 para la efectividad del pago para con el demandante; situaciones todas que conllevan a concluir que la sentencia de primer grado deberá confirmarse en su integridad.

Por último, menester resulta poner de presente que si bien MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN allegó una documental por medio de la cual alega haber efectuado un pago parcial frente a la condena impuesta en primer grado por la Superintendencia, advierte la Sala que no es esta la oportunidad para alegar lo de su cargo, en la medida que tal situación debe ser ventilada al momento del pago de la obligación.

SIN COSTAS en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2023 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado