

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105024 2019 00836 01
Demandante: Gloria María Velásquez Ruíz
Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones y la Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **Gloria María Velásquez Ruíz** actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (folio 4 archivo 01):

“PRIMERA.- Declarar la nulidad del traslado que el señor GLORIA MARÍA VELÁSQUEZ RUÍZ hizo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Administrado hoy por COLPENSIONES) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SEGUNDA.- Condenar a la demandada **AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** en virtud del regreso al Régimen de Prima Media con prestación Definida de COLPENSIONES a devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y que a la fecha estuvieren pendientes.

TERCERA.- Condenar a las demandadas a pagar en favor de la demandante, los derechos debidamente probados y debatidos en el proceso, a la luz de lo consagrado en el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral (Fallo Extra y Ultra Petita).

CUARTO.- Condenar a las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** al pago de las Agencias en Derecho y Costas procesales.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 01 de septiembre de 1960.
2. Realizó cotizaciones al sistema general de pensiones a través del otrora Instituto de Seguro Social desde el 12 de noviembre de 1976 y luego a la Caja de Previsión Distrital cotizando por más de 20 años al régimen de prima media con prestación definida.
3. Estaba vinculada al Instituto Distrital de Protección para la Protección de la Niñez y de la Juventud – IDRIÓN cuando recibió la visita comercial de los asesores de la AFP PORVENIR.
4. Los asesores de Porvenir le informaron que Colpensiones se iba acabar y que podría pensionarse a una edad menor que en el RPM y que las condiciones del reconocimiento pensional serían muchos más beneficioso que en el RPM.
5. En razón a lo anterior se trasladó al fondo demandado el 29 de enero de 2001, data para la cual ya había acreditado más de 1.000 semanas al RPM.
6. La información otorgada nunca fue clara, y no se tuvo en cuenta que ya contaba con las semanas exigidas en el régimen de prima media.

7. Efectuó cotizaciones por casi 20 años al RAIS, acreditando cerca de 2.000 semanas a la fecha.
8. Porvenir S.A. emitió respuestas su solicitud de 18 de junio de 2019 sin fecha indicando que la información suministrada fue de manera verbal.
9. En su cuenta individual acredita su capital acumulado cerca de \$74'000.000.
10. El 26 de agosto de 2019 petitionó a Colpensiones la nulidad del traslado en razón al engaño acontecido con respuesta desfavorable del 4 de septiembre de 2019.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia el 16 de diciembre de 2019 (archivo 2), la cual fue admitida por el juez de conocimiento el 14 de julio de 2020 (archivo 03).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las súplicas; en cuanto a los hechos aceptó la calenda de natalicio de la actora, su afiliación al RPM, el traslado de régimen a través de Porvenir y la solicitud de nulidad con respuesta negativa. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adición el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (archivo 7).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda y señaló no constarle o no ser ciertos los hechos planeados por la activa. Como fundamentos de la defensa señaló que la actora se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media por haber pertenecido a él para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. Formuló las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y excepción genérica. (archivo 17).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 04 de septiembre de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 25):

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora GLORIA MARÍA VELASQUEZ RUIZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la cual se hizo efectiva a partir de la suscripción del formulario el 29 de enero de 2001, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora GLORIA MARÍA VELASQUES RUIZ 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 CESANTÍAS PORVENIR, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora GLORIA MARÍA VELASQUEZ RUIZ como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa, que debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades como se señaló en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: sin condena en costas

QUINTO: En el evento que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, no interponga recurso de apelación en contra la presente sentencia, remítase el expediente para que se surta el

Grado Jurisdiccional de Consulta a su favor de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 del CPTSS.

Para arribar a tal conclusión, dedujo que al momento de la migración de régimen, la demandante, no lo hizo conociendo las características de cada de cada uno, sus condiciones de acceso, ventajas y desventajas, lo que permite inferir la omisión del deber de información que le incumbía a la AFP.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *a quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, de la siguiente manera:

Porvenir S.A. sentó su inconformismo frente a la indexación ordenada, bajo el argumento que en este caso también se ordena la devolución de los rendimientos financieros, rubro que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, lo que se entiende que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada.

Colpensiones solicitó se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado, en razón a que el traslado efectuado por la demandante con Porvenir en el año 2001 goza de plena validez, pues para la fecha en que se suscribió el formulario de afiliación estaba vigente el Decreto 663 de 1993 y el único requisito legalmente exigido para los potenciales afiliados era suscribir el formulario de afiliación, documento que no fue atacado de falso. Agregó que, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia indica que todos los afiliados al SGP deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen pensional a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, también es importante no desconocer que ese deber de asesoría y buen consejo para los fondos de pensiones ha venido evolucionando con el paso del tiempo y para la época de la migración no se debía efectuar simulaciones o proyecciones pensionales más allá de tener la voluntad o aceptación de la demandante

de trasladarse de régimen pensional. Igualmente, al suscribir el formulario de afiliación se generaron obligaciones recíprocas dentro de las cuales estaba también en cabeza de la actora instruirse sobre las consecuencias de su decisión, en tanto que los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación colombiana, son de público conocimiento.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir S.A. se ratificó en los argumentos argüidos al sustentar el recurso de alzada y última fundamentó las razones de la improcedencia en este caso de la ineficacia del traslado. Por su parte., la actora solicitó se confirme la sentencia de primer grado.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Los problemas jurídicos que ocupa la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

- i)* ¿La simple suscripción del formulario de afiliación, de manera libre y voluntaria, supone que el traslado de régimen es válido?
- ii)* ¿En el año 2001 las AFP no tenían la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social?
- iii)* ¿La carga de probar el deber de información, asesoría y buen consejo que tienen las administradoras del régimen de pensiones del régimen de ahorro individual corresponde a la parte actora?
- iv)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima, en caso afirmativo, ¿deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- v)* ¿La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia Pensiones y Cesantías S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al momento de sustentar los recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, efectuado por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto.

Pese a lo anterior, Colpensiones sienta su inconformidad respecto a la declaratoria de ineficacia, debatiendo, que para el momento del traslado tan sólo se exigía la suscripción del formulario de afiliación y que la demandante debió actuar de manera diligente para obtener información sobre el acto jurídico del traslado.; resultando oportuno precisar en este aspecto, que si bien la Administradora del RPM no tuvo injerencia en el acto que se declaró ineficaz, si tiene legitimación en tanto que resulta afectada por la decisión adoptada por la a quo, encontrándose legitimada para rebatir la conclusión a la que arribó el juzgado de conocimiento.

La jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, en torno a la ineficacia del traslado ha efectuado las siguientes precisiones, que son necesarias recordar, así:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

4. Son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte de la demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: **“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. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.*

A su turno el canon 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, señala que: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como

Exp. No. 024 2019 00863 01

propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 29 de enero de 2001, (fº. 116 archivo 17), la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), *“entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes*

de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155 2022, CSJ SL1637-2022), puesto que *«esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado»* (CSJ SL4205 2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante el 29 de enero de 2001 a través de Porvenir S.A. (fº. 116 archivo 17), se anota con la leyenda pre impresa: *“HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD”*, lo cual, no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: copia de la cédula de ciudadanía (fº. 10 archivo 01), reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones (fº. 28 a 33 archivo 1), simulación pensional realizada por Porvenir S.A. (fº. 45 a 52 archivo 1), derecho de petición y respuesta efectuada por Colpensiones (fº. 53 a 62 archivo 1)., expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo 9), historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos y certificación de afiliación emitidos por Porvenir S.A. (fº. 66 A 111 del archivo 17) resumen de la cuenta individual de la atora emitida por Porvenir (fº. 117 archivo 17), comunicados de prensa (fº. 118 a 120 archivo 17) y concepto de 15 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera (fº. 121 a 127 archivo 17)., no permiten colegir que la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ahora, Gloria María Velásquez Ruíz declaró al absolver su interrogatorio que es auxiliar de servicios generales. Trabajaba en una unidad de IDIPRON cuando llegaron unos asesores para indicarles que debían salirse de Colpensiones para vincularse a los fondos privados, porque tenían mejores opciones para pensionarse; el asesor le explicó a cada persona lo que tenía Porvenir para unirse a dicha AFP en un término aproximado de 15 minutos. Sí diligenció el formulario con el fondo privado y no fue presionada para suscribirlo. El motivo o razón principal para afiliarse a Porvenir fue porque la promotora indicó que estaría mejorar pensionada en esa administradora. No recuerda si le explicaron el porqué de esa información, no le indicaron que los aportes iban a ir a una cuenta de ahorro individual, no sabe que es un bono pensional, el asesor no le indicó que podía hacer aportes voluntarios o no se acuerda, no le informaron que podía anticiparse anticipadamente. No recuerda que la hayan informado sobre el derecho de retracto y no era consciente de que estaba haciendo un traslado de régimen pensional, se pasó a Porvenir tal

vez sin pensar. En el 2001 no se acercó a oficinas del Instituto de Seguro Social para corroborar la información brindada por Porvenir

Por su parte el representante legal de Porvenir, manifestó que los asesores comerciales del fondo privado no contaban con acceso a la historia laboral del Instituto de Seguros Sociales de sus afiliados, lo tenían era la información que se debía entregar de acuerdo a las normas vigentes para la época, tampoco tenían insumos técnicos para calcular los montos de la pensión, porque era algo imposible cuando la persona está empezando su historia laboral, sobre todo en el caso de la demandante que le faltaba mucho tiempo para cumplir la edad en el régimen de prima media para pensionarse, por lo que podría estar muy alejada de la realidad.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con la sola suscripción del formulario de afiliación y que la actora había incumplido con sus obligaciones como afiliada al no auscultar sobre las consecuencias de su traslado de régimen, sin embargo, pasaron inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar a la afiliada, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Una vez examinado el acervo probatorio, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Además, no se

constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, se dispondrá confirmar ese punto de la sentencia de primera instancia.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación

Se duele la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, además que la indexación resulta incompatible con la devolución de los rendimientos financieros.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que

no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

En ese sentido, se modificará la decisión objeto de apelación, en el sentido de precisar que la indexación se ordenará sólo procede respecto de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

3. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610 2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que

una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C 398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Costas.

Se condenará en costas en esta instancia a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones por haber apelado y haberse despachado sus argumentos de forma desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Exp. No. 024 2019 00863 01

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 04 de septiembre de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que la indexación procede sobre los conceptos de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de conceder a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta

CUARTO. - Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho. Sin costas a cargo de Colpensiones.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

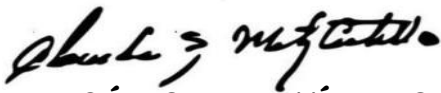


LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Exp. No. 024 2019 00863 01


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105016 2021 00518 01
Demandante: Ferney Méndez Donoso
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Ferney Méndez Donoso por intermedio de apoderado judicial, demandó a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, con el fin que le sea reconocido el retroactivo pensional de la pensión de invalidez desde el 25 de octubre de 2016 hasta el 1º de junio de 2020, indexación, intereses moratorios y costas. (fº. 2 a 4 archivo 1).

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, indicó que:

1. Nació el 2 de enero de 1956.
2. Sufrió accidente de tránsito el 15 de octubre de 2014, resultando afectado con trauma craneal y en la rodilla izquierda.
3. Mediante dictamen n° 2016187187 del 3 de noviembre de 2016, fue calificado por Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral del 53.25% con fecha de estructuración del 25 de octubre de 2016.
4. La Administradora del RPM le reconoció pensión de invalidez con Resolución No. SUB-74083 del 24 de mayo de 2017 y dejó en suspenso su ingreso a nómina hasta tanto se aportará sentencia judicial de interdicción, nombramiento de curador y constancia de ejecutoria del dictamen de PCL.
5. Interpuso acción de tutela por las decisiones emitidas por Colpensiones, negada en sentencia del 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Villavicencio, dentro del proceso radicado 2020-0046, decisión revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio mediante la cual ordenó a Colpensiones su inclusión en nómina y pago de la pensión de invalidez.
6. Mediante Resolución SUB-113050 del 26 de mayo de 2020, la demandada dispuso levantar el suspenso de la prestación y ordenó su ingreso a nómina por valor de mesada pensional al 1° de junio de 2020 en la suma de \$877.803.
7. En el acto administrativo anterior, se indicó que debía allegar el certificado de incapacidades emitido por la EPS, por lo que la pensión se reconocía a corte de nómina.
8. En múltiples solicitudes radicó ante la convocada los documentos correspondientes a fin de obtener el pago de su retroactivo pensional desde el 25 de octubre de 2016 hasta el 1° de junio de 2020.
9. La entidad demandada a través de varios comunicados alude a la entrega de los documentos, sin embargo, estos han sido adjuntados en las solicitudes para la obtención de sus mesadas pensionales.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 2 de noviembre de 2021 (f. 62 archivo 1), correspondiéndole por reparto al Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue admitida con proveído de 19 d enero de 2022 (archivo 2), notificándose a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica el 5 de abril del mismo año (archivo 9).

La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- se pronunció oponiéndose a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el dictamen que determinó el porcentaje de PCL del señor Méndez Donoso, la acción de tutela adelantada por el accionante, así como las resoluciones y respuestas emitidas por la entidad. Como defensa argumentó que, las súplicas de la demandante carecen de sustento jurídico pues no se encuentran ajustadas al conjunto normativo previsto. Propuso como excepciones de mérito las de: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica o innominada (archivo 3, documento 1).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO DIECISEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 29 de mayo de 2023, dispuso (archivos 16):

PRIMERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante señor FERNEY MÉNDEZ DONOSO, identificado con cédula de ciudadanía número 14.275.695 el retroactivo de mesada de pensión de invalidez correspondiente al periodo comprendido desde el 25 de octubre 2016 hasta 31 de mayo del año 2020, en cuantía de salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las anualidades mencionadas, conforme al reconocimiento pensional que efectuara COLPENSIONES en la Resolución SUB 74083 del 24 de mayo del año 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar y reconocer al demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor de las mesadas del retroactivo condenado en el numeral que antecede, intereses que reconocerá y pagará a partir del 24 de junio del año 2017 y hasta el 31 de mayo de 2020. Conforme lo expuesto en estas actuaciones.

TERCERO: DECLARAR probada de forma parcial la excepción de pago en favor COLPENSIONES. Por lo tanto, se tendrá como pago parcial lo reconocido en la resolución de DPE 5886 del 24 de abril del año 2023.

CUATRO: DECLARAR no probadas las demás excepciones.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a COLPENSIONES, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de Tres Salarios Minimos Legales Mensuales Vigentes **(03 SMLMV)**, por concepto de agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, el juzgador precisó en primera medida que, en la resolución de reconocimiento de la pensión de invalidez del año 2017, Colpensiones dejó en suspenso el pago de las mesadas hasta tanto se aportara la sentencia y acta de posesión de quien fuera designado como curador del accionante; sin embargo, de lo consignado en la actuación aludida y el expediente administrativo del demandante, concluyó que no le asistía derecho a la administradora accionada, pues debió reconocer la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la misma, 25 de octubre de 2016, sin más exigencias, teniendo en cuenta que se le dio trato de incapaz absoluto al señor accionante, como persona que no puede disponer de sus derechos, sin que esa fuera la situación acreditada, sumado a ello, se realizaron otras exigencias adicionales que no se había expuesto en el acto administrativo de mayo de 2017 como por ejemplo, cuando Colpensiones resolvió la solicitud de 22 de octubre del año 2019, en la que requirió al pensionado, constancia de ejecutoria del dictamen o las situaciones referidas a las constancias de incapacidades médicas, los que no resultan pertinentes, cuando es claro que desde el acto de reconocimiento pensional se indicó que *“verificado el expediente administrativo, el anterior dictamen se encuentra ejecutoriado y en firme”*, por lo que resulta desproporcionado e ilegal solicitar con posterioridad un documento del que ya la propia Colpensiones no sólo fue autora, sino que además consagró que estaba en firme.

Además, señaló que, en documento incorporado de oficio en la audiencia, correspondiente a la resolución DPE5886 del 24 de abril de 2023, donde se le concede el retroactivo al actor, Colpensiones manifestó que no había ningún tipo de subsidios de incapacidad a su favor conforme a certificación de la EPS.

5. APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada la impugnó, tras aducir en síntesis que, con el objetivo de salvaguardar los intereses jurídicos de Colpensiones, nunca tuvo la intención de dilatar el proceso fuera de los

términos legales, puesto que se solicitaron los documentos que la entidad consideró necesarios para en ese momento emitir un pronunciamiento conforme a derecho, como parte de las respuestas dadas al accionante, y en ese sentido, no es procedente el cobro de los intereses moratorios. Por otro lado, frente a la solicitud de pagar el retroactivo y la indexación se dio una respuesta a tiempo y dentro de los términos legales, además de acatar el fallo de tutela a través de la Resolución SUB 113050, la cual resolvió plenamente lo solicitado, incluyendo la mesada que se mencionó como excepción de pago parcial de 877.803.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPT y de la SS y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en aquellos puntos no cuestionados por la entidad, corresponde a la Sala dilucidar, *i)* si al señor Méndez Donoso, le asiste el derecho al retroactivo de su pensión de invalidez desde el 25 de octubre de 2016 hasta el 31 de mayo de 2020, en caso afirmativo *ii)* si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. y, *iii)* si operó el fenómeno de la prescripción.

II. CONSIDERACIONES

Se encuentra fuera de discusión, y se extrae de la documental obrante en el plenario que: *i)* mediante dictamen No. 2016187187 del 3 de noviembre de 2016 proferido por Colpensiones se calificó las deficiencias de “secuelas de traumatismo intracraneal”, “amnesia anterógrada” y “amnesia retrograda” padecidas por el señor Méndez Donoso, como de origen común con una pérdida de capacidad laboral del 53.14%, y fecha de estructuración el 25 de octubre de 2016 (f. 16 a 20 archivo 1), *ii)* la demandada reconoció pensión de invalidez al actor

mediante Resolución No. SUB74083 del 24 de mayo de 2017, con fecha de status el 25 de octubre de 2016 en cuantía de \$689.950 y fecha de efectividad en suspenso, hasta que se allegara sentencia y acta de posesión de quien sea designado como curador (archivo 3- expediente administrativo. - documento GRF-ATT-RP-2017_5738966-20170602044504); *iii*) mediante sentencia del 11 de mayo de 2020, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, dentro de la acción de tutela No. 2020 0046 01 de Ferney Méndez Donoso contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por la cual se ordenó a la accionada para que en el término de 48 horas formalizara la inclusión en nómina al demandante y el pago de la pensión reconocida (f. 27 a 39 archivo 1), *iv*) en decisión SUB113050 de 26 de mayo de 2020 la convocada a juicio levantó el suspenso de la pensión de invalidez reconocida mediante acto administrativo n° SUB74083 de 24 de mayo de 2017 y ordenó el ingreso en nómina del señor Méndez Donoso en la suma de \$877.803 a partir del 1° de junio de 2020, igualmente, se indicó en las consideraciones que *“se debe allegar certificado de incapacidades emitido por EPS del afiliado, que contenga las incapacidades efectivamente canceladas, donde se evidencia cargo y firma de quien certifica dicha información, por lo tanto, la prestación se reconoce a corte de nómina, es decir a partir del 1 de junio de 2020”*. (f. 40 a 48 archivo 1).

1. Del retroactivo pensional

Como quiera que lo que se discute es la fecha a partir de la cual debió ser concedida la pensión de invalidez al señor Méndez Donoso, forzoso se muestra acudir al ordenamiento que regula dicho tema, el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que en lo pertinente establece:

“ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

(...)

*La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, **desde la fecha en que se produzca tal estado.***

A su vez, el Decreto 917 de 1999, en su artículo 3ro, indica:

*“Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. **En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.**” (Negrilla fuera de texto)*

Normatividad de la que fácil es concluir, de una parte, que la fecha de estructuración probada de la invalidez será la fecha en la que se comenzará a pagar la prestación en comento; y de otra, que esta fecha se verá afectada mientras el afiliado reciba un subsidio por incapacidad temporal.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala De Casación Laboral en sentencia SL 5170 de 2021 asentó:

“Es claro entonces que, mientras el afiliado se encuentre recibiendo el subsidio por incapacidad temporal no puede percibir prestaciones derivadas de la invalidez, como son las mesadas pensionales, cuyo pago procede una vez la entidad previsional reconozca la pensión, momento a partir del cual ya no procede el pago de las incapacidades, porque la acción protectora es asumida por otra prestación, dado el nuevo hecho que la causa – *la invalidez*-, siendo la razón por la cual el sistema de salud no contempla prestaciones económicas para los pensionados --Artículos 28 del Decreto 806 de 1998 y 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016--.

Ahora bien, la definición de un estado de invalidez generalmente viene precedida de un proceso patológico incapacitante que sufre el trabajador. Desde la perspectiva de la acción protectora de la Seguridad Social ello significa que, como estadio previo a la invalidez, el trabajador deba atravesar por un período de incapacidad temporal donde precisa asistencia médica con posibilidad de recuperación – derivada de una enfermedad o de un accidente - lo que explica que el reconocimiento pensional deba hacerse, una vez se extingue la última incapacidad temporal, quedando prohibida la alternancia, concurrencia o subsistencia de estas dos prestaciones dentro de un mismo período, así se declare que el hecho invalidante existe desde una fecha anterior al período en que se pagó la incapacidad temporal.

Es que no puede perderse de vista que el riesgo cubierto con la incapacidad temporal y la pensión de invalidez no es la alteración de la salud, sino la incidencia de tal acontecimiento en la disminución del ingreso o ganancia, como repercusión de la afectación o pérdida de la capacidad laboral del trabajador; por ello, la dinámica de la protección produce una articulación compleja de cobertura donde el hecho causante sirve de límite para indicar el comienzo de una situación y la terminación de la anterior, como ocurre con la incapacidad temporal, la invalidez o la muerte que se producen como consecuencia del mismo accidente o de la enfermedad.

Así, en la incapacidad temporal el subsidio se paga a partir de la aparición del hecho causante, que lo es la enfermedad o lesión que le impide desempeñar la labor por un tiempo determinado, hasta que otro hecho causante introduce una

nueva situación protegida en lugar de la anterior, como cuando se declara que las lesiones se convierten en definitivas, de tal manera que los efectos económicos de la pensión de invalidez, en los supuestos en los que su declaratoria esté precedida de una incapacidad temporal, se producen a partir de la extinción de la última incapacidad y, sino lo está, se producen a partir de la fecha de estructuración del estado de invalidez.

Ahora bien, la definición de un estado de invalidez generalmente viene precedida de un proceso patológico incapacitante que sufre el trabajador. Desde la perspectiva de la acción protectora de la Seguridad Social ello significa que, como estadio previo a la invalidez, el trabajador deba atravesar por un período de incapacidad temporal donde precisa asistencia médica con posibilidad de recuperación – *derivada de una enfermedad o de un accidente* - lo que explica que el reconocimiento pensional deba hacerse, una vez se extingue la última incapacidad temporal, quedando prohibida *la alternancia, concurrencia o subsistencia* de estas dos prestaciones *dentro de un mismo período*, así se declare que el hecho invalidante existe desde una fecha anterior al período en que se pagó la incapacidad temporal.

(...)

Ahora, téngase en cuenta que dentro del proceso incapacitante pueden existir períodos cortos e intermitentes de recuperación o mejoría de la salud del trabajador, durante los cuales la acción protectora de la seguridad social cesa para dar paso a las obligaciones remunerativas a cargo del empleador o a los ingresos que perciba el trabajador independiente, períodos en los cuales no se activa la protección de la seguridad social y, en consecuencia, no se pagan las dichas prestaciones.

Lo anterior pone en evidencia la complejidad de la articulación en la secuencia de la situación protegida, en el sentido de que la misma contingencia puede producir diversas situaciones que deben ser atendidas --*incapacidad temporal, la invalidez y la muerte*--, cada una de las cuales inicia con un hecho causante. El paso de la invalidez a la muerte se presenta con claridad, pero no sucede lo mismo con la secuencia entre la incapacidad temporal y la invalidez.

En estos casos no hay una línea muy definida entre el tránsito de la incapacidad temporal y la invalidez, razón por la cual el eje central de delimitación está en el momento en que se califica el estado de invalidez, quedando a partir de allí extinguida la incapacidad temporal, pero limitándose la retroactividad de la nueva prestación al momento en que se efectuó *el último pago* de la prestación que la antecede, dado el carácter secuencial de la acción protectora de la seguridad social, donde los efectos económicos de las prestaciones no siempre coinciden con el hecho causante en sentido material, pues la previsión legal es muy clara en relacionar la fecha inicial de la prestación por invalidez con la fecha de finalización formal de la incapacidad temporal.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar su doctrina, en el sentido de señalar que cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad, postura con la cual queda rectificadada y delineada su posición con relación a criterios anteriores que le hubieren sido contrarios (SL1562-2019)”.

Para el caso concreto, se tiene que, la fecha de estructuración de la invalidez del señor Gutiérrez correspondió al **25 de octubre de 2016**, Colpensiones reconoció la pensión mediante Resolución SUB74083 de 24 de mayo de 2017, sin embargo, dejó en suspenso el pago de las mesadas pensionales alegando la falta de documentos relacionados con la designación de curador del señor Méndez Donoso, aspecto que ya fue zanjado y decidido dentro de la acción de tutela 2020 00046 01, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio consideró que:

“En gran síntesis, todo indica que la afección que afronta el actor no tiene la entidad suficiente para considerar que éste registra una discapacidad absoluta o que carece de las aptitudes cognoscitivas para administrar sus propios recursos y demasiado ligero es arribar a esa conclusión con base en la afirmación de *requerir ayuda de terceros*, puesto que en rigor quizás necesite de un apoyo en la medida que las personas con discapacidad tienen derecho a tomar sus propias decisiones en un marco que respete su autonomía, libertad e independencia individual, máxime, cuando para enervar la presunción de capacidad la ley 1306 de 2009 exige un dictamen técnico completo sobre la persona, realizado por un equipo interdisciplinario para esclarecer *“la naturaleza de la enfermedad, posible etiología y evolución, amén de indicar las consecuencias puntuales que tendría la afección en la capacidad del paciente para administrar y disponer de sus bienes”*, razones suficientes para concluir que Colpensiones desconoció los derechos fundamentales a la capacidad jurídica, seguridad social y el mínimo vital del señor Ferney Méndez Donoso por cuanto **condicionó de manera regresiva** el pago de la pensión de invalidez, pese a su reconocimiento, arguyendo que carecía capacidad legal sin fundamento plausible alguno”

Conforme a lo anterior, el juez colegiado de tutela ordenó a Colpensiones incluir en nómina al demandante y realizar el pago de su pensión de invalidez, tras concluir la improcedencia del suspenso de la prestación económica reconocida en su momento al promotor de la litis, de suerte que, este punto no puede ser objeto de estudio nuevamente, en atención a la configuración de una situación consolidada que hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

Precisado lo anterior, se centra entonces la Sala en lo que respecta a lo pedido en la demanda y es el reconocimiento del retroactivo pensional desde la fecha de estructuración de la PCL del señor Méndez Donoso, pues se advierte que en efecto, al emitir la Resolución SUB113050 de 26 de mayo de 2020, por la cual Colpensiones dio cumplimiento al fallo de tutela, no reconoció la mesadas pensionales desde el 25 de octubre de 2016, fecha en la que se estructuró la condición invalidante del actor, sino que, procedió al reconocimiento desde la fecha de corte, 1° de junio de 2020, precisando para ello, que el pensionado

debía aportar el certificado emitido por la EPS, que contenga las incapacidades efectivamente canceladas.

Al respecto, se tiene en primer lugar, que ninguno de los documentos que reposan en el informativo da cuenta del pago por concepto de subsidio de incapacidades luego de la estructuración de la PCL del propulsor de la acción, contrario a ello, reposa respuesta de las EPS Medimas de fecha 3 de diciembre de 2020, por medio de la cual señala que el señor Méndez Donoso no registra incapacidades transcritas ni con reconocimiento económico y de otro lado, el 3 de noviembre de 2020 la EPS Cafesalud certifica el reconocimiento de subsidios de incapacidades entre el 5 de febrero y el 4 de junio de 2016, es decir, antes de la causación del derecho de la pensión de invalidez que tuvo lugar el 25 de octubre de la misma anualidad. (archivo 3- Expediente administrativo- documento GEN-ANX-CI-2020_12643436-20201209010724)

Así las cosas, al no acreditarse el reconocimiento del subsidio por incapacidad a favor del demandante, no se cumple el supuesto contenido en la norma citada en precedencia para retardar el disfrute de la pensión de invalidez reconocida desde la Resolución SUB74083 de 24 de mayo de 2017, bajo el débil argumento que se debía certificar el pago de incapacidades, pues ante la inexistencia de las mismas lo que correspondía era la cancelación de las mesadas causadas.

En ese orden de ideas, le asiste derecho al demandante al retroactivo pensional desde el 25 de octubre de 2016, fecha de su estructuración de la invalidez y hasta el 31 de mayo de 2020, toda vez que el reconocimiento de la pensión tuvo lugar desde el 1° de junio de 2020. Así las cosas, realizadas las operaciones aritméticas del caso, al promotor del proceso le corresponde el pago de las mesadas en cuantía de \$37'107.246, conforme se ilustra a continuación:

Tabla Mesada Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
25/10/16	31/12/16	\$ 689,455.00	3.20	\$ 2,206,256.0
01/01/17	31/12/17	\$ 737,717.00	13.00	\$ 9,590,321.0
01/01/18	31/12/18	\$ 781,242.00	13.00	\$ 10,156,146.0
01/01/19	31/12/19	\$ 828,116.00	13.00	\$ 10,765,508.0
01/01/20	31/05/20	\$ 877,803.00	5.00	\$ 4,389,015.0
Total retroactivo			\$ 37,107,246.00	

Ahora, sería del caso impartir condena por el anterior concepto, de no ser porque en el curso del proceso se aportó la Resolución DPE 5886 de 24 de abril de 2023, por medio de la cual se reconoció un retroactivo a favor del señor Méndez Donoso a partir del 25 de octubre de 2016 en cuantía inicial de \$689.455 hasta mayo de 2020, para un total de \$34'070.716 de mesadas ordinarias y \$3.036.530 por concepto de mesadas adicionales, las que al sumarlas se obtiene el mismo valor calculado por el despacho de \$37'107.246, (archivo 13), de suerte que, al momento de proferirse el fallo de primera instancia la Administradora del RPM reconoció todas y cada una de las mesadas pensionales adeudadas al demandante, y bajo ese entendido, se revocarán los numerales primero y tercero de la decisión de primera instancia como quiera que se ordenó el pago del retroactivo pensional y declaró probada de forma parcial la excepción de pago respecto del valor reconocido en la decisión DPE 5886 del 24 de abril de 2023, cuando lo cierto es que con dicho acto administrativo se efectuó el pago total del retroactivo debido al señor Méndez Donoso.

2. De los intereses moratorios

Al respecto de los intereses moratorios, cumple recordar que el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:

“A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago.”

La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que *“El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales”* y a la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Se recuerda que la consecuencia consagrada en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no tiene carácter sancionatorio sino resarcitorio, pues procura aminorar los efectos adversos que, la demora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones produce al acreedor, independientemente de las razones que aduzca para justificarla. También se ha considerado que no es una regla absoluta, y que se admite ciertos eventos en los cuales no procede su imposición, porque la negativa de la entidad deudora estuvo válidamente justificada (CSJ SL704-2013), por ejemplo, cuando se amparó en la aplicación del ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (CSJ SL787-2013).

Con todo, corresponde a la demanda acreditar tales supuestos a efectos de extenderse eximido, pues en caso de que no se advierta su configuración, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, pese al reclamo correspondiente, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.

Sumado a lo anterior, nuestro órgano de cierre ha considerado que la norma en mención, permite inferir que los intereses moratorios proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por impago de un saldo o reajuste ordenado judicialmente. (CSJ SL 3130- 2020)

Bajo ese entendimiento, proceden los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional solicitado, toda vez que no se dan ninguno de los supuestos para que Colpensiones se exima de su reconocimiento, toda vez que la solicitud pensional se elevó el 23 de febrero de 2017 y a la fecha del reconocimiento pensional mediante Resolución SUB74083 de 24 de mayo de 2017 se omitió el pago de las mesadas pensionales sin razón válida legal, y sólo hasta la emisión del acto administrativo SUB113050 de 26 de mayo de 2020, por cumplimiento de fallo de tutela, se efectuó el pago de las mesadas pero a partir del 1° de junio de 2020, quedando pendiente el reconocimiento del retroactivo al cual siempre tuvo derecho el accionante entre el 25 de octubre de 2016 y el 31 de mayo de 2020, sumas que como se explicó en líneas anteriores se reconoció al señor Donoso Méndez hasta la expedición de la Resolución DPE 5886 de 24 de abril de 2023 con ingreso a nómina del periodo de mayo de 2023. En ese sentido,

hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios a cargo de Colpensiones a partir del cuarto mes de radicada la solicitud, esto es, a partir del 24 de junio de 2017, y hasta la fecha del pago de las mesadas adeudadas, 31 de mayo de 2023, como lo dispuso el a quo. No obstante, el juez de primer grado omitió emitir condena en concreto de los intereses reconocidos, conforme a lo establecido en el artículo 283 del Código General del Proceso, y en ese sentido se deberá proceder de conformidad conforme se ilustra:

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		31/05/2020
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
may-17	24/06/17	31/05/20	1073	27.29%	0.0661%	\$ 5,894,841.00	\$ 4,182,884.00
jun-17	01/07/17	31/05/20	1066	27.29%	0.0661%	\$ 737,717.00	\$ 520,057.00
jul-17	01/08/17	31/05/20	1035	27.29%	0.0661%	\$ 737,717.00	\$ 504,933.00
ago-17	01/09/17	31/05/20	1004	27.29%	0.0661%	\$ 737,717.00	\$ 489,810.00
sep-17	01/10/17	31/05/20	974	27.29%	0.0661%	\$ 737,717.00	\$ 475,174.00
oct-17	01/11/17	31/05/20	943	27.29%	0.0661%	\$ 737,717.00	\$ 460,050.00
nov-17	01/12/17	31/05/20	913	27.29%	0.0661%	\$ 737,717.00	\$ 445,415.00
dic-17	01/01/18	31/05/20	882	27.29%	0.0661%	\$ 1,475,434.00	\$ 860,582.00
ene-18	01/02/18	31/05/20	851	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 439,662.00
feb-18	01/03/18	31/05/20	823	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 425,196.00
mar-18	01/04/18	31/05/20	792	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 409,180.00
abr-18	01/05/18	31/05/20	762	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 393,681.00
may-18	01/06/18	31/05/20	731	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 377,665.00
jun-18	01/07/18	31/05/20	701	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 362,166.00
jul-18	01/08/18	31/05/20	670	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 346,150.00
ago-18	01/09/18	31/05/20	639	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 330,134.00
sep-18	01/10/18	31/05/20	609	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 314,635.00
oct-18	01/11/18	31/05/20	578	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 298,619.00
nov-18	01/12/18	31/05/20	548	27.29%	0.0661%	\$ 781,242.00	\$ 283,120.00
dic-18	01/01/19	31/05/20	517	27.29%	0.0661%	\$ 1,562,484.00	\$ 534,208.00
ene-19	01/02/19	31/05/20	486	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 266,153.00
feb-19	01/03/19	31/05/20	458	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 250,819.00
mar-19	01/04/19	31/05/20	427	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 233,842.00
abr-19	01/05/19	31/05/20	397	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 217,413.00
may-19	01/06/19	31/05/20	366	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 200,436.00
jun-19	01/07/19	31/05/20	336	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 184,007.00
jul-19	01/08/19	31/05/20	305	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 167,030.00
ago-19	01/09/19	31/05/20	274	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 150,053.00
sep-19	01/10/19	31/05/20	244	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 133,624.00
oct-19	01/11/19	31/05/20	213	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 116,647.00
nov-19	01/12/19	31/05/20	183	27.29%	0.0661%	\$ 828,116.00	\$ 100,218.00
dic-19	01/01/20	31/05/20	152	27.29%	0.0661%	\$ 1,656,232.00	\$ 166,483.00
ene-20	01/02/20	31/05/20	121	27.29%	0.0661%	\$ 877,803.00	\$ 70,240.00
feb-20	01/03/20	31/05/20	92	27.29%	0.0661%	\$ 877,803.00	\$ 53,406.00
mar-20	01/04/20	31/05/20	61	27.29%	0.0661%	\$ 877,803.00	\$ 35,410.00
abr-20	01/05/20	31/05/20	31	27.29%	0.0661%	\$ 877,803.00	\$ 17,995.00
may-20	01/06/20	31/05/20	0	27.29%	0.0661%	\$ 877,803.00	\$ 0.00
Total intereses moratorios							\$ 14,817,097.00

Bajo el anterior, entendido se adicionará el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada en el sentido de precisar que la suma por concepto de intereses moratorios a cargo de Colpensiones asciende a la suma de \$14’817.097.

Prescripción.

Finalmente, de conformidad con los artículos 151 del CPT y de la SS y 488 y 489 del CST, el fenómeno de la prescripción extintiva opera por la no reclamación del derecho dentro de los tres años siguientes al momento en que surge la respectiva obligación, la cual se puede interrumpir con el simple reclamo escrito del afiliado, por una sola vez, oportunidad desde la que comienza a contarse de nuevo el trienio señalado en las disposiciones citadas.

Así las cosas, se advierte en el caso particular que el derecho se hizo exigible el 25 de octubre de 2016, el reconocimiento pensional se elevó el 23 de febrero de 2017, la prestación se reconoció con la Resolución SUB74083 de 24 de mayo de 2017 omitiendo el pago de las mesadas pensionales sin razón válida legal, y sólo hasta la Resolución SUB113050 de 26 de mayo de 2020 se efectuó el pago de la pensión, sin que desde esa fecha hasta la presentación de la demanda que tuvo lugar el 2 de noviembre de 2021 (f. 62 archivo 1), transcurriera el término trienal prescriptivo.

Costas.

Sin costas en esta instancia a Cargo de Colpensiones, dado que se despachó de forma parcial el recurso de alzada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. – REVOCAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2023 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del retroactivo pensional, conforme a los razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia objeto de apelación y consulta en el sentido de precisar que los intereses moratorios del 24 de junio de 2017 al 31 de mayo de 2020 corresponden a la suma de \$14'817.097.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

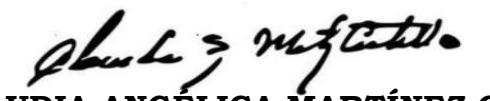
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - Sala Laboral			
MAGISTRADO: DRA. LUZ MARINA IBÁÑEZ Bogotá – Cundinamarca			
RADICADO: 110013105016202151801			
DEMANDANTE : FERNEY MENDEZ			
DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el retroactivo pensional e interes de mora según instrucciones del despacho.			

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
25/10/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.455,00	3,20	\$ 2.206.256,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	13,00	\$ 9.590.321,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	13,00	\$ 10.156.146,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/05/20	3,80%	\$ 877.803,00	5,00	\$ 4.389.015,0
Total retroactivo				\$ 37.107.246,00	

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		31/05/2020
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
may-17	24/06/17	31/05/20	1073	27,29%	0,0661%	\$ 5.894.841,00	\$ 4.182.884,00
jun-17	01/07/17	31/05/20	1066	27,29%	0,0661%	\$ 737.717,00	\$ 520.057,00
jul-17	01/08/17	31/05/20	1035	27,29%	0,0661%	\$ 737.717,00	\$ 504.933,00
ago-17	01/09/17	31/05/20	1004	27,29%	0,0661%	\$ 737.717,00	\$ 489.810,00
sep-17	01/10/17	31/05/20	974	27,29%	0,0661%	\$ 737.717,00	\$ 475.174,00
oct-17	01/11/17	31/05/20	943	27,29%	0,0661%	\$ 737.717,00	\$ 460.050,00
nov-17	01/12/17	31/05/20	913	27,29%	0,0661%	\$ 737.717,00	\$ 445.415,00
dic-17	01/01/18	31/05/20	882	27,29%	0,0661%	\$ 1.475.434,00	\$ 860.582,00
ene-18	01/02/18	31/05/20	851	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 439.662,00
feb-18	01/03/18	31/05/20	823	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 425.196,00
mar-18	01/04/18	31/05/20	792	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 409.180,00
abr-18	01/05/18	31/05/20	762	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 393.681,00
may-18	01/06/18	31/05/20	731	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 377.665,00
jun-18	01/07/18	31/05/20	701	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 362.166,00
jul-18	01/08/18	31/05/20	670	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 346.150,00
ago-18	01/09/18	31/05/20	639	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 330.134,00
sep-18	01/10/18	31/05/20	609	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 314.635,00
oct-18	01/11/18	31/05/20	578	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 298.619,00
nov-18	01/12/18	31/05/20	548	27,29%	0,0661%	\$ 781.242,00	\$ 283.120,00
dic-18	01/01/19	31/05/20	517	27,29%	0,0661%	\$ 1.562.484,00	\$ 534.208,00
ene-19	01/02/19	31/05/20	486	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 266.153,00
feb-19	01/03/19	31/05/20	458	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 250.819,00
mar-19	01/04/19	31/05/20	427	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 233.842,00
abr-19	01/05/19	31/05/20	397	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 217.413,00
may-19	01/06/19	31/05/20	366	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 200.436,00
jun-19	01/07/19	31/05/20	336	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 184.007,00
jul-19	01/08/19	31/05/20	305	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 167.030,00
ago-19	01/09/19	31/05/20	274	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 150.053,00
sep-19	01/10/19	31/05/20	244	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 133.624,00
oct-19	01/11/19	31/05/20	213	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 116.647,00
nov-19	01/12/19	31/05/20	183	27,29%	0,0661%	\$ 828.116,00	\$ 100.218,00
dic-19	01/01/20	31/05/20	152	27,29%	0,0661%	\$ 1.656.232,00	\$ 166.483,00
ene-20	01/02/20	31/05/20	121	27,29%	0,0661%	\$ 877.803,00	\$ 70.240,00
feb-20	01/03/20	31/05/20	92	27,29%	0,0661%	\$ 877.803,00	\$ 53.406,00
mar-20	01/04/20	31/05/20	61	27,29%	0,0661%	\$ 877.803,00	\$ 35.410,00
abr-20	01/05/20	31/05/20	31	27,29%	0,0661%	\$ 877.803,00	\$ 17.995,00
may-20	01/06/20	31/05/20	0	27,29%	0,0661%	\$ 877.803,00	\$ 0,00
Total intereses moratorios							\$ 14.817.097,00

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 37.107.246,0
Intereses moratorios	\$ 14.817.097,0
Total	\$ 51.924.343,0

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

martes, 30 de abril de 2024

Recibe:

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 1100131050007 2021 00463 01
Demandante: Álvaro Valderrama Barreto
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del PAR de Bancafe en Liquidación, y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-Fogafin

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Álvaro Valderrama Barreto, por intermedio de apoderado judicial, demandó al **Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiduciaria la Previsora S.A. vocera y administradora del Banco Cafetero** y el **Fondo de Garantías en Instituciones Financieras FOGAFÍN**, con el fin de obtener las siguientes pretensiones: (f. 2 y 3 archivo 1):

1. Declarar que Banco Cafetero S.A. durante el periodo laboral 1 septiembre de 1977 a 30 septiembre de 1993 no realizo la afiliación ni el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones a favor del trabajador Álvaro Valderrama Barreto.
2. Declarar a Banco Cafetero S.A. en Liquidación, Fiduprevisora S.A., FOGAFIN y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, responsables de realizar el trámite pensional que corresponda, para que se emita resolución con reconocimiento pensional a favor de Álvaro Valderrama Barreto de parte de ISS hoy Colpensiones o sea asumida la pensión de vejez por estas entidades, al no realizar la afiliación y el aporte a pensiones por parte de la entidad del Estado conforme lo ordena la Ley.
3. Declarar responsable a Fiduprevisora S.A. y ordenar a realizar el cálculo actuarial a favor de Álvaro Valderrama Barreto conforme el Contrato de Fiducia Mercantil No. 3119293 de fecha 30 noviembre de 2010 y la Tarea No. 7 Personas no incluidas en el cálculo actuarial y poner en conocimiento y aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
4. Declarar responsable a Ministerio de Hacienda y Crédito Público y ordenar aprobar el cálculo actuarial y remitir para su aprobación al Ministerio de Trabajo.
5. Declarar responsable a Fogafin y ordenar cubrir el valor del cálculo actuarial aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Trabajo.
6. Declarar responsable a Fiduprevisora S.A. y ordenar realizar la conmutación pensional con base en el cálculo actuarial ante el ISS hoy COLPENSIONES.
7. Declarar responsable a COLPENSIONES y ordenar se realice el estudio por el tramite pensional, reconociendo pensión de vejez o entregando la indemnización sustantiva de la pensión como corresponda aplicando la Ley de Transición de que trata la Ley 100 de 1993.
8. Se condene a todas las entidades en las costas procesales.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, indicó que:

1. Laboró en Bancafe desde el 1° de septiembre de 1977 hasta el 30 de septiembre de 1993, mediante contrato de trabajo a término indefinido.
2. El Banco Cafetero no lo afilió al ISS, como tampoco pagó los aportes en pensión durante su vinculación laboral.
3. El 20 de octubre de 1993 suscribió acta de conciliación con el Banco Cafetero ante la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social del Tolima, mediante la cual decidieron terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo a partir del 1 octubre de 1993, quedando establecido que no estaba incluido el derecho a la pensión hasta que se cumplieran los requisitos legales de parte del trabajador.

4. El 12 diciembre de 1996 radicó requerimiento a Bancafe, solicitando el traslado del bono pensional al Instituto de Seguros Sociales Seccional Ibagué Tolima.
5. En comunicado de 27 de diciembre de 1996 su ex empleador manifestó que: “en caso de ser procedente su solicitud contamos con un término de tres años para expedir el bono pensional, el cual no será entregado a usted sino a la entidad de seguridad social seleccionada”.
6. Mediante Decreto 610 de 2006 se ordenó la disolución y liquidación del Banco Cafetero S.A.
7. El 2 de octubre de 2006 elevó petición ante el liquidador de la entidad financiera, solicitando asumiera el pago de la pensión de vejez, negada en respuesta del 19 de octubre del mismo año.
8. El Coordinador del Grupo de historias laborales de la subdirección de recursos humanos de la dirección administrativa del Ministerio de Hacienda emitió constancia del 26 de julio de 2013 indicando que hasta el 4 de julio de 1994 los funcionarios del Banco Cafetero fueron trabajadores oficiales.
9. El 10 septiembre de 2013 radicó solicitud ante el Patrimonio Autónomo del Banco Cafetero en Liquidación, manifestando tener 58 años de edad, haber trabajado 16 años para Bancafe y solicitó el estudio y aprobación de la pensión de vejez a la luz de la Ley de Transición.
10. El 17 diciembre de 2013 radicó petición ante Fiduprevisora solicitando la conmutación pensional o calculo actuarial ante el ISS hoy Colpensiones conforme contrato de fiducia mercantil suscrito con el Banco Cafetero, con respuesta negativa.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 19 de octubre de 2021 (archivo 4), correspondiéndole por reparto al Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá, quien la admitió luego de subsanada con auto del 2 de noviembre de la misma anualidad (archivo 9).

Acorde con el registro de las actuaciones digitales, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFÍN contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones, y en cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la disolución

y liquidación del Banco Cafetero S.A. precisó que dicha entidad no tiene responsabilidad en la declaratoria pretendida, toda vez que no es cesionaria, subrogatoria, ni sustituta patronal del extinto Banco Cafetero. Formuló las excepciones denominadas falta de legitimación por pasiva, ausencia de nexo causal, inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de legitimación en la causa por activa, prescripción, compensación y genérica. (archivo 11).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se opuso a las súplicas del escrito incoatorio, e indicó no constarle ninguno de los hechos de la demanda. En ejercicio de su defensa formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, al IPC, indemnización moratoria, indexación o reajuste alguno, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (archivo 15).

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó oposición a las pretensiones y dijo no constarle ninguno de los hechos de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción de los derechos que se reclaman en las pretensiones de la demanda y genérica (archivo 18).

La Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes constituidos por el extinto Banco Cafetero S.A. en liquidación contestó oponiéndose a los intereses de la parte actora. Como razones de defensa expuso que no existe ningún tipo de contrato o vínculo laboral entre la entidad y el demandante, además que no es liquidadora del Banco Cafetero S.A. En Liquidación, pues su relación se limita a servir como fiduciario dentro del contrato de fiducia mercantil consistente en la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes al cual se transfieren los bienes, recursos y procesos remanentes, al concluir el plazo de la prórroga de la liquidación. Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, de la conmutación pensional del Banco Cafetero S.A. con el ISS hoy Colpensiones, cobro de lo no debido, no cumplir

con los requisitos de la Ley 171 de 1961, inexistencia de la solidaridad en los términos del artículo 1568 del Código Civil, procesos pensionales a cargo de Colpensiones., buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 28)

El 19 de mayo de 2023 se remitió el proceso al Juzgado 42 Laboral del Circuito de Bogotá conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del Acuerdo No. CSJBTA23-15 del 22 de marzo de 2023 (archivo 35), despacho que en proveído del 1° de junio de la misma anualidad avocó el conocimiento del proceso (archivo 36).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CUARENTA Y DOS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 30 de junio de 2023, dispuso (archivo 44):

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor ÁLVARO VALDERRAMA BARRETO y el extinto BANCO CAFETERO S.A. existió un contrato de trabajo entre el 01 de septiembre de 1977 al 30 de septiembre de 1993.

SEGUNDO: ORDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, realizar el respectivo calculo actuarial, por concepto de aportes para pensión del demandante **ÁLVARO VALDERRAMA BARRETO**, para el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 1977 hasta el 30 de septiembre de 1993, y una vez elaborado, dar traslado del mismo a la demandada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de administradora del patrimonio autónomo del Banco Cafetero. Así mismo, una vez cuente con el pago de los valores de tal cálculo, deberá actualizar y consolidar la historia laboral del actor, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a FIDUPREVISORA SA en su calidad de vocera y administradora del PAR Banco Cafetero, y con cargo al mismo, a reconocer y pagar el cálculo actuarial que previamente liquide COLPENSIONES por los aportes pensionales del señor ÁLVARO VALDERRAMA BARRETO, correspondientes al tiempo laborado al extinto Banco Cafetero.

CUARTO: CONDENAR a FOGAFÍN en su calidad de garante frente a las obligaciones laborales y pensionales del extinto Banco Cafetero, a pagar el valor del cálculo actuarial del actor, en caso de que dicha obligación no pueda ser cubierta por el PAR de esta última entidad, por un eventual agotamiento de los recursos económicos.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, precisando que la eventual definición del derecho pensional del actor no hace tránsito a cosa juzgada, dado que no es posible resolverlo en este proceso, tal como se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva, así como las demás excepciones presentadas dadas las results del proceso.

SEPTIMO: ABSOLVER a la Nación MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO por lo ya expuesto.

OCTAVO: CONDENAR en costas a demandadas FIDUPREVISORA S.A. y FOGAFÍN S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de 1SMMLV y a favor del demandante.

NOVENO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

Para arribar a la conclusión anterior, indicó en primer lugar que se encuentra acreditada la existencia de una relación laboral entre el demandante y el Banco Cafetero entre el 1° de septiembre de 1977 y el 30 de septiembre de 1993, de acuerdo a la certificación de información laboral y el acta de conciliación obrantes en el expediente.

Establecido lo anterior, precisó luego de un recuento jurisprudencial y normativo respecto de la falta de cobertura de afiliación al ISS, que, ante la omisión legislativa, no resultaba razonable cargarle las consecuencias a la parte débil de la relación laboral, y en ese entendido, el patrono debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos de la prestación del trabajador., sin que pueda afectarse su derecho pensional por falta de aportes para este riesgo,

Por lo anterior, estimó que el empleador debe trasladar el valor del cálculo actuarial a satisfacción de la entidad administradora y conforme lo señala el inciso 2° del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, estará representado por un bono o título pensional, calculado conforme lo definen los Decretos 1887 de 1994 y 1748 y 1995 a efectos de convalidar los tiempos de vigencia De los aportes, durante la ejecución del contrato de trabajo.

Igualmente, señaló que dicho cálculo actuarial deberá ser realizado por Colpensiones, dado que de los documentos aportados al proceso de folios 236 a 238 del archivo 16, se colige la intención del demandante de pertenecer al RPM, pues en comunicación del 2 de diciembre de 1996 dirigida al entonces Banco Cafetero el señor Valderrama manifestó su intención de pertenecer al ISS.

Seguidamente pasó a definir la responsabilidad de las entidades demandadas la Fiduprevisora S.A. y FOGAFÍN en el pago del cálculo actuarial, de conformidad

con lo dispuesto en los artículos 2 y 12 del Decreto 610 de 2005, con base en los cuales, afirmó que La Fiduprevisora SA en primera medida es la obligada a atender en su condición de administradora del patrimonio autónomo de remanentes del Banco Cafetero, sin responsabilidad de su cargo, sino de los recursos del PAR y por cuenta de la entidad liquidada, por las situaciones que no se encontraban definidas, como ocurre con lo aquí petitionado por el demandante.

Asimismo, del examen del contrato de Fiducia Mercantil No. 3119293 suscrito por el Banco Cafetero en Liquidación y la Fiduciaria la Previsora S.A. se observa que se constituyó un fondo de reserva y de contingencias destinado al cumplimiento de las obligaciones eventuales de carácter laboral y pensional que llegaré a presentarse con posterioridad a la extinción legal del Banco Fideicomitente, en el que la vocera y administradora Fiduprevisora S.A. se obligó a emitir certificaciones de existencia o inexistencia de recursos para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 610 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 4889 de 1007. Igualmente, señaló que en tales disposiciones también se consagró una responsabilidad subsidiaria de FOGAFIN para asumir la parte no cubierta de las obligaciones laborales y pensionales relativas a personas incluidas o no en el cálculo actuarial con posterioridad a la terminación o extinción del Banco Cafetero, siempre que no existieran recursos por parte del PAR.

Conforme a lo explicado, ultimó que la Fiduciaria la Previsora S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del extinto Banco Cafetero debe responder por el cálculo actuarial y en caso de agotarse los recursos, será FOGAFIN, quien asuma la responsabilidad y pago de los valores que resulten de la liquidación de tal concepto.

Finalmente, aclaró la imposibilidad de terminar el derecho pensional solicitado, hasta tanto no se computaran los tiempos del bono pensional, quedando tal estudio a cargo de la administradora de pensiones.

5. APELACIÓN

Inconformes con la decisión, La Fiduciaria La Previsora S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del extinto Banco Cafetero, y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- Fogafin interpusieron sendos recursos de apelación.

La Previsora S.A., sentó su inconformismo en que no es, ni ha sido liquidador del extinto Banco Cafetero en Liquidación, pues su relación con dicha empresa se limitó a servir como fiduciario dentro del contrato de Fiducia mercantil, en segundo lugar, el patrimonio autónomo creado por Fiduciaria La Previsora y el extinto Banco Cafetero en liquidación, no es la responsable de pagar temas pensionales, pues dicha obligación recae sobre el hoy Colpensiones, entidad con quien el extinto Banco Cafetero, realizó la conmutación pensional y por ello, cualquier reclamación respecto a las pretensiones en este caso, deben de estar bajo la responsabilidad de la Administradora del RPM. Así mismo, dentro de las instrucciones dejadas con el contrato de Fiducia mercantil, no está contemplada la de pagar estos temas pensionales, teniendo en cuenta que dentro del cálculo actuarial de la extinta entidad financiera con corte a junio del 2010, aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no fue incluido el señor Álvaro Valderrama Barreto y, por ende, no hay recursos en este caso.

En caso de reiterarse la condena, solicitó se estipulara de dónde deben salir los rubros para su pago, toda vez que la entidad no tiene cómo destinar un reconocimiento que no fue estipulado en el contrato de Fiducia Mercantil y, por el contrario, solo puede proceder de acuerdo con lo manifestado en el mencionado acuerdo.

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- FOGAFIN sentó su inconformismo respecto del numeral cuarto de la sentencia de primer grado, ante la falta de legitimación por pasiva, al sustentar que el demandante no ostenta ningún derecho o interés legítimo frente a dicha entidad, toda vez que ésta es un garante de las obligaciones pensionales, pero responde frente a los patrimonios autónomos constituidos, en ese sentido, considera que no debe comparecer a ningún proceso de los ex trabajadores del Banco Cafetero, porque la obligación de garantía se la dieron por ley, la cual no ha incumplido. Que la entidad tiene clara la competencia subsidiaria prevista en el artículo 12 del Decreto 610 de 2005, de suerte que no es el momento procesal para señalar que

están en mora para cumplir con su obligación, cuando la misma acaba de nacer con la decisión que se ataca, y bajo esa misma argumentación, reprocha la condena en costas.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado de rigor, la demandada solicitó que se confirme la decisión de primera instancia, corriendo traslado.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, atendiendo los motivos expresos de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en aquellos que afectan a la entidad, corresponde a la Sala dilucidar *i)* la responsabilidad de las entidades recurrentes en el pago del cálculo actuarial a favor del demandante por el periodo laborado en el extinto Banco Cafetero, ante la omisión del empleador en hacer la respectiva reserva y *ii)* si corresponde a Colpensiones realizar el cálculo actuarial.

II. CONSIDERACIONES

Se encuentra fuera de discusión que: *i)* entre el demandante ÁLVARO VALDERRAMA BARRETO y el extinto BANCO CAFETERO S.A. existió un contrato de trabajo entre el 01 de septiembre de 1977 al 30 de septiembre de 1993 y que *ii)* el empleador no afilió al promotor de la litis al Instituto de Seguros Sociales durante la vigencia de la relación laboral.

2. De la responsabilidad en el pago del cálculo actuarial

El punto del embate, se orienta a determinar si con ocasión de la liquidación de la entidad Banco Cafetero S.A. las entidades condenadas Fiduprevisora S.A. en su calidad de vocera y administradora del PAR Banco Cafetero y FOGAFÍN, tienen la obligación de asumir la obligación que en su momento le asistía al

empleador ante la omisión de la afiliación del señor accionante en el periodo trabajado entre el 1 de septiembre de 1977 y el 30 de septiembre de 1993.

El artículo 2 del Decreto 610 de 2005, por medio del cual se ordenó la disolución y liquidación del Banco Cafetero S.A. que al tenor literal señaló:

Artículo 2º. *Duración del proceso de liquidación y terminación de la existencia de la entidad.* El proceso de liquidación de la entidad deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto. En caso de que la liquidación no se concluya en el plazo señalado, el mismo podrá ser prorrogado hasta por un término igual, mediante solicitud escrita y motivada del Gerente Liquidador al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con una antelación no menor a tres (3) meses respecto de la fecha prevista para la terminación de la liquidación.

La existencia legal del Banco Cafetero en Liquidación finalizará cuando concluya el proceso de liquidación o cuando se cumpla el término legal fijado para la liquidación, lo que ocurra primero. **En el último caso descrito, antes de que cese la existencia legal del Banco Cafetero en Liquidación, el Gerente Liquidador deberá celebrar un acuerdo con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, previa constitución de una reserva, con el fin de que esta entidad atienda, sin responsabilidad a su cargo y por cuenta de la entidad en liquidación, las situaciones no definidas.** (Resaltado por la Sala).

El art.12 ibídem, modificado por el 1 del Decreto 4889 de 2007, prevé:

Artículo 12. *Garantía para el pago de las obligaciones pensionales.* Los activos del Banco Cafetero en Liquidación, destinados al pago de los pasivos pensionales, conservarán tal destino y no formarán parte de la masa de liquidación.

En todo caso, los pasivos pensionales y laborales deberán pagarse preferencialmente de conformidad con las normas legales sobre prelación de créditos.

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafin, asumirá, una vez entre en vigencia el presente decreto y se agoten los recursos del Banco Cafetero en Liquidación, la parte no cubierta de las obligaciones laborales y pensionales del mismo. Para este efecto, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafin, podrá realizar anticipos y pagos parciales de la obligación a la entidad con la cual se vaya a conmutar, siempre y cuando el Banco Cafetero en Liquidación le certifique que los recursos disponibles en la liquidación son insuficientes para cubrir el último cálculo actuarial presentado para aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Si una vez aprobado el cálculo actuarial se evidencia que los recursos entregados por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafin, exceden el valor de su obligación, el Banco Cafetero en Liquidación deberá reintegrar a Fogafin dicho excedente. En el caso de que hicieran falta recursos para cubrir dicho cálculo actuarial, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafin, deberá asumir la diferencia.

En atención a las normas de precedencia, se avizora en primer lugar que la reserva constituida ante la liquidación del Banco Cafetero S.A., tiene como fin el reconocimiento de las situaciones no definidas de sus trabajadores, siendo en este caso la Fiduprevisora S.A., la vocera y administradora de los recursos del patrimonio autónomo de remanentes de la sociedad liquidada, quien asumió dicho rol, conforme al contrato de fiducia que reposa en el plenario.

Así pues, en el *CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 3-1-19293 CELEBRADO ENTRE EL BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN Y FIDUCIARIA LA PREVISORA SA*, (f. 55 a 80 archivo 28), se estableció en la cláusula preliminar que dicho acuerdo está *“constituido con la finalidad de realizar, un conjunto de actividades de manera previa y posterior a la terminación de la existencia legal del FIDEICOMITENTE...”*, en la cláusula segunda, se establece como objeto del contrato, la constitución del Patrimonio Autónomo denominado “Patrimonio Autónomo de Remanentes del Banco Cafetero en Liquidación” con el fin de garantizar el pago de las acreencias laborales y pensionales durante la vigencia y posterior culminación del proceso liquidatorio, el cual tuvo lugar el 31 de diciembre de 2010, calenda en que terminó la existencia jurídica del Banco Cafetero.

A su turno dentro de las tareas asignadas a la Fiduprevisora está en la No. 7 la de de *“Atender solicitudes de reclamación de los bonos pensionales, de las cuotas partes de bonos pensionales y/o de las pensiones de las personas que no figuran en el cálculo actuarial elaborado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, después de finiquitada la liquidación de la Entidad, conforme al procedimiento previsto para cada caso...”*

Respecto del contrato en mención, nuestro órgano de cierre dejó por sentado en sentencia SL2790 de 2022:

“En el aludido contrato, se previó un fondo de reserva y de contingencias, destinado al cumplimiento de las obligaciones eventuales de carácter laboral y pensional que llegaren a presentarse con posterioridad a la extinción legal del banco fideicomitente, en el que la vocera y administradora FIDUPREVISORA, se obligó a emitir certificaciones de inexistencia de recursos, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 12 del Decreto 610 de 2005, modificado por el 1 del Decreto 4889 de 2007, donde se consagró además, que esa entidad debía presentar la certificación en tal sentido, con la debida antelación.

Ahora bien, la disposición en comento consagró la responsabilidad de FOGAFIN, de asumir la parte no cubierta de las obligaciones laborales y pensionales relativas a personas incluidas o no en el cálculo actuarial, con posterioridad a la terminación del Banco Cafetero, siempre que no existieran recursos, de lo que se colige que se contempló la obligación de responder por estas acreencias, en caso de no existir los recursos para tales efectos.”

En atención a lo anteriormente expuesto, para esta Sala la decisión del juez de primer nivel resultó acertada, pues resulta evidente que la Fiduprevisora S.A. está obligada en su condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Banco Cafetero, a responder por el cálculo actuarial que estaba en cabeza de dicho ente financiero, pues dicha fiducia se creó con el fin de dar cumplimiento a las eventuales obligaciones de la extinta sociedad que se presentaron incluso con posterioridad a su liquidación, como en el presente caso ocurre, y por ende resulta palmario que, esta entidad como administradora del PAR, debe cumplir la finalidad para la cual fue constituido, y del mismo modo, quedó previsto que en caso de contar con los recursos, se debe certificar tal situación para que, en ese caso, sea FOGAFÍN quien asume la parte no cubierta por el empresario extinto.

Por su parte, no refulge razón alguna para absolver a FOGAFÍN en la forma ordenada en la sentencia de primera instancia, toda vez que en dicho pronunciamiento quedó claro que su responsabilidad es subsidiaria, es decir, siempre y cuando no existan recursos del PAR, de modo que, no existe razón alguna en revocar dicha precisión cuando la misma se encuentra ajustada a lo dispuesto por ley.

Finalmente, en punto al inconformismo de la Fiduprevisora al argüir que la llamada a responder es Colpensiones en atención a la conmutación pensional respecto del Banco Cafetero S.A., resulta oportuno traer a colación lo señalado por la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL4355 – 2021:

“La conmutación pensional responde a situaciones excepcionales de crisis en las empresas, que conllevan a determinar de manera razonable que el pago de las pensiones de jubilación se ve sometido a riesgos serios. Por ello, se autoriza un traslado de la responsabilidad en su pago del empleador al Instituto de Seguros Sociales, a una compañía de seguros o a una administradora de fondos de pensiones (CSJ SL4951-2016).

Así pues, es claro que la pensión reconocida por Colpensiones, es la misma que venía pagando el Banco Cafetero, solo que pasó al fondo mencionado, en virtud de la figura de la conmutación”.

Ante lo expuesto, es claro entonces que en este caso no operó la figura de la conmutación pensional, en tanto que no se trata de una pensión percibida por el accionante en cabeza del Banco Cafetero cuya responsabilidad se trasladó al extinto ISS hoy Colpensiones, y por el contrario, la carga laboral objeto de condena corresponde a una situación diferente, y es el traslado de los aportes en pensión a la administradora del RPM a través de un cálculo actuarial para que, conformen el derecho pensional que en su momento le asista al promotor de la litis en cabeza de la entidad de seguridad social en pensiones, obligación laboral que como se vio corresponde de manera principal a la Fiduprevisora S.A.

Finalmente, y en lo que respecto a la orden emitida a Colpensiones, la misma tan sólo corresponde al mandato legal correspondiente a que es a la administradora de pensiones a quien le corresponde realizar el cálculo actuarial Decreto 1887 de 1994 y el ARTÍCULO 2.2.8.11.5. del Decreto 1296 de 2022 y por lógica razón, una vez recibidos los dineros correspondientes corresponde actualizar la historia laboral del demandante, de suerte que las órdenes impartidas a la administradora de pensiones se encuentran ajustadas a derecho.

Costas

Finalmente, se mantendrá la condena en costas a FOGAFÍN, pues, pese a los argumentos vertidos en el recurso de apelación, el presupuesto para su imposición es que la parte haya resultado vencida en el proceso como lo determina el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., además de lo anterior, dicha entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones a pesar de advertir su obligación de manera subsidiaria, por lo que la condena en costas también debe confirmarse.

Conforme a lo expuesto se confirmará la sentencia de objeto de apelación y consulta.

Costas en esta instancia a cargo de las entidades recurrentes.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

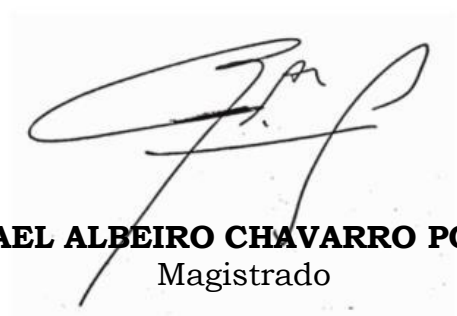
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. Costas de esta instancia a cargo de las demandadas Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del PAR del Banco Cafetero y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- Fogafin. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario (1) smmlv.

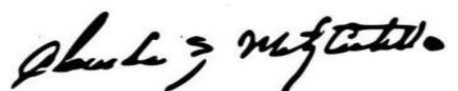
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105011 2021 00405 01
Demandante: Raúl Grisales Giraldo
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

AUTO

Se reconoce personería jurídica como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. Santiago Quintero Rodríguez identificado con C.C. 1.071.142.791 y T.P. 283.663 del C.S. de la J. conforme al memorial de sustitución aportado al expediente.

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Raúl Grisales Giraldo, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con el fin que se ordene la reliquidación de su pensión en la suma de \$12'932.652 a partir del 1° de junio de 2020 con los reajustes anuales, diferencias de las mesadas pensionales, retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y costas. (fº. 1 y 3 archivo 01).

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, indicó que:

1. Nació el 13 de febrero de 1958.
2. Cumplió 62 años de edad el 13 de febrero de 2020.
3. Cotizó a Colpensiones hasta el 31 de mayo de 2020 un total de 2.228,14 semanas.
4. El 15 de junio de 2020 solicitó ante Colpensiones la pensión de vejez.
5. Mediante Resolución SUB152190 del 15 de julio de 2020 Colpensiones le reconoció la pensión a partir del 1° de agosto de 2020, con un IBL de \$16'775.242, un porcentaje del 70.94% y un valor de la mesada pensional de \$11'900.357.
6. Conforme a los salarios registrados en su historia laboral, se obtiene un IBL de liquidación de \$18'344.687.
7. El 28 de julio de 2020 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión SUB152190 del 15 de julio de 2020, solicitando como valor de su pensión la suma de \$12'932.652., el

reconocimiento a partir del 1° de junio de 2020, retroactivo e intereses moratorios.

8. Colpensiones confirmó la decisión mediante actos administrativos SUB169900 del 10 de agosto de 2020 y DPE 390 del 26 de enero de 2021, sin hacer mención alguna sobre los salarios que no sumó al calcular el IBL.
9. En la Resolución DPE 390 del 26 de enero de 2021, la demandada indicó que reconoce la pensión a partir del 1 de julio de 2020, fecha de inclusión en nómina de pensionados, porque en su historia laboral no figura una novedad de retiro.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 02 de septiembre de 2021 (archivo 2), correspondiéndole por reparto al Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue admitida mediante auto del 21 de octubre de 2021 (archivo 3).

La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- se pronunció, oponiéndose a las pretensiones, y en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la edad del convocante, la solicitud de reliquidación pensional y los actos administrativos a través de los cuales se negó dicha reclamación. Como fundamentos de defensa señaló que al momento de determinar el ingreso base de liquidación del actor, se procedió a aplicar el tope máximo a los valores reportados como IBC y demás factores, teniendo en cuenta que éstos no pueden superar el monto máximo, de acuerdo a lo establecido por el régimen legal, por tanto, no es procedente la reliquidación pensional, ya que en virtud del principio de favorabilidad se le reconoció un valor superior y no se reconocerá un valor diferente. Propuso como excepciones de mérito

las de: 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, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (archivo 5).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 24 de abril de 2023, dispuso (archivos 22):

PRIMERO: DECLARAR que el demandante RAÚL GRISALES GIRALDO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de junio del 2020, teniendo como primera mesada pensional como valor la suma de \$13.434.368 pesos.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la suma de \$26.868.734 pesos por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1 de junio al 30 de julio del 2020, y la suma de \$58.318.478 pesos por concepto de reajuste de las mesadas pensionales causadas entre el 1 de agosto del 2020 y el 30 de abril del 2023. A partir del 1 de mayo de 2023 COLPENSIONES deberá continuar reconociendo y pagando al demandante una mesada pensional equivalente a la suma de \$16.309.447 pesos, suma que deberá ser reajustada anualmente conforme con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, y sobre el importe de las mesadas causadas entre el 1 de junio al 30 de julio de 2020, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidadas a partir del 9 de octubre de 2020 y hasta la fecha del pago efectivo de esas mesadas. Igualmente, a indexar al momento del pago el valor del reajuste pensional ordenado en este proveído respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 1 de agosto de 2020 y el 30 de abril del 2023.

CUARTO: DECLARAR que respecto de las mesadas pensionales retroactivas y el reajuste pensional que se condena pagar a COLPENSIONES en los ordinales anteriores, se descontará el aporte al sistema de seguridad social en salud el porcentaje del aporte al sistema de seguridad social en salud y por ende respecto de este porcentaje no se liquidarán intereses moratorios ni indexación en favor del actor.

QUINTO: DECLARAR impróspero los medios exceptivos propuestos por la demandada
[...]

Como sustento de su determinación, el fallador de primera instancia indicó en primera medida que el demandante cuenta con un total de 2.232 semanas cotizadas, sin embargo, para el cálculo de la mesada pensional Colpensiones tuvo en cuenta el máximo de 1.800 semanas, y con base en una reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual señaló que no existe un tope máximo de semanas, pues al momento de liquidar una mesada pensional se deben tener en cuenta todas, procedió a realizar los cálculos aritméticos del IBL de los 10 últimos años de cotización, siendo éste el más favorable al demandante conforme se indicó en sede administrativa, igualmente, tuvo en cuenta el límite los 25 SMLMV correspondientes a la cotización máxima, obteniendo así un IBL de \$16'792.959 suma que resulta ligeramente superior al hallado por Colpensiones. Establecido el IBL, procedió a determinar el porcentaje aplicable en los términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, y concluyó que le corresponde al actor un porcentaje del 55,93% correspondiente al monto pensional de las primeras 1.300 semanas de cotización, observándose que además de estas, el demandante cuenta con 932 semanas adicionales de las cuales 900 deben ser tenidas en cuenta para aumentar ese porcentaje del monto pensional, teniendo así 18 paquetes de 50 semanas cada una, las que deben computarse en razón de 1.5% por cada paquete de 50 semanas de cotización adicionales a las 1.300, de suerte que se obtiene un aumento del 27% en el monto de la tasa de

reemplazo para un equivalente al 82,93%, porcentaje que es superior al 80% y por ello le asiste derecho al actor que su mesada pensional para el año 2020 sea liquidada conforme al 80% del IBL, obteniendo un valor de la mesada pensional de \$13'434.367, y en ese orden de ideas, dado que existe una diferencia entre la mesada calculada por el despacho y la mesada que fue liquidada en su momento por Colpensiones, procede la reliquidación pensional solicitada en la demanda.

Realizadas las operaciones aritméticas por el despacho obtuvo por reajuste de las mesadas causadas entre el 1° de agosto de 2020 y el 30 de abril de 2023 de \$58'318.478, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del pago efectivo, por cuanto no proceden los intereses moratorios, como quiera que no hubo mora al momento de reconocer la pensión a favor del actor respecto de las mesadas causadas a partir del 1° de agosto de 2020.

En otro punto, entró a dilucidar si al promotor de la litis le asiste el derecho a que la pensión sea reconocida a partir del 1° de junio de 2020, día siguiente a su última cotización al sistema general de pensiones, señalando para el efecto, que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobada por el decreto 758 del mismo año, aplicable según lo señalado en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, estipula que la pensión de vejez se reconocerá teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada. Indicó que, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha precisado que, en principio la desafiliación se materializa reportando positivamente la novedad de retiro pensional, sin que esta sea la única forma de dar a conocer esa intención, pues ello se puede deducir de varios hechos como lo son en primer lugar, cesar el pago de los aportes pensionales cuando ya se han cumplido los requisitos legales para obtener la pensión y peticionar el reconocimiento de la prestación como ocurrió en el presente caso, en donde se advierte que el demandante realizó

la última cotización en el mes de mayo de 2020, además, cumplió la edad de 62 años el 13 de febrero de 2020, motivo por el cual para el ciclo de mayo de la referida anualidad, el promotor de la acción ya contaba con 2.232 semanas cotizadas en toda su vida laboral, suma muy superior a las 1300 exigidas para acceder a la pensión de vejez, así, una vez cesadas sus cotizaciones en el mes de mayo de 2020, el actor solicitó su prestación de vejez el 8 de junio siguiente, de suerte que Colpensiones debió reconocer la pensión de vejez a partir del día siguiente al momento en el cual el demandante se desafilió tácitamente al sistema al dejar de cotizar, es decir, a partir del 1° de junio de 2020 y es por ello que le corresponde el pago del retroactivo pensional de los periodos de junio y julio en la suma de \$26'868.734.

En relación a los intereses moratorios sobre el valor previamente referido, asentó que sí hay lugar a su reconocimiento, pues el artículo 141 de la ley 100 de 1993 los contempla en el caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, evidenciándose claramente que existió la misma en el reconocimiento de las mesadas pensionales correspondientes a los meses de junio y Julio del 2020, así, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa fue formulada el día 8 de junio de 2020, es por ello que los intereses moratorios se deben liquidar a partir del día 9 de octubre del 2020, día siguiente a la fecha en que se venció el plazo de los cuatro meses con que contaba Colpensiones para reconocer y pagar la pensión.

En punto a la excepción de prescripción, señaló que la respuesta a la reclamación administrativa elevada por el accionante se notificó el 26 de enero de 2021 y el recurso de apelación el 22 de febrero siguiente, la demanda fue presentada el día 02 de septiembre de la misma anualidad, por lo que entre la fecha de culminación de la reclamación administrativa y la fecha de presentación de la demanda no alcanzaron a transcurrir los 3

años de prescripción que consagran los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

5. APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada la impugnó. Mostró inconformidad con la condena al pago de intereses moratorios, tras aducir que estos proceden cuando se configuren dos requisitos, el primero, cuando exista una pensión legalmente reconocida, y el segundo cuando exista mora en el pago de las mesadas, observándose en el caso concreto, que le fue reconocida la prestación económica al demandante con una fecha de efectividad conforme registraba en la historia laboral, pues no se relacionaba novedad de retiro: posteriormente, revisado el asunto por parte de Colpensiones, se evidenció que el convocante acreditó efectivamente por vía jurisprudencial una desafiliación tácita que daría lugar al reconocimiento a partir del 1° de junio de 2020, motivo por el cual, se presentó acuerdo conciliatorio en donde se reconoció que al actor se le debería pagar la pensión a partir de la mencionada data junto con el retroactivo pensional, punto frente al cual también solicita se revoque la condena en costas, teniendo en cuenta que, la entidad ha actuado de buena fe en el transcurso del proceso.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante solicitó que se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, Colpensiones se ratificó en los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, procede dilucidar a la Sala en grado de consulta si *i)* hay lugar al reconocimiento pensional a partir del 1° de junio de 2020 junto con el retroactivo pensional, *ii)* si procede la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al demandante debidamente indexada; en caso afirmativo y en virtud de la apelación interpuesta establecer, *i)* si hay lugar a reconocer a favor del actor los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y desde cuándo y, *ii)* si hay lugar o no a condenar en costas a la demandada.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la misma.

En ese entendido, advierte esta Sala que no fue objeto de discusión que el demandante cumplió 62 años el 13 de febrero de 2020, a quien le fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante Resolución SUB152190 del 15 de julio de 2020 en cuantía inicial de \$11'900.357 a partir del 1° de agosto de 2020, teniendo en cuenta que cotizó 2.232 semanas y un ingreso base de liquidación de \$16'775.242 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 70.94%.

1. De la fecha del disfrute de la pensión.

Se debe analizar, en grado de consulta si efectivamente a la demandante le asistía el derecho al reconocimiento pensional a partir del 1° de junio de 2020 y no desde el 1° de agosto de la misma anualidad conforme fue reconocido por Colpensiones.

Al punto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable por remisión expresa del inciso 2° del artículo 31 de la Ley 100 de 1993¹, en principio, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema, pese a ello, la jurisprudencia laboral ha flexibilizado la aplicación de esta norma, para no afectar el derecho pensional del reclamante, en aquellos eventos en donde no es expresa la manifestación de retiro o desafiliación del sistema, para derivarlo del comportamiento del asegurado (SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; SL4611-2015; y SL5603-2016, entre otras). Uno de esos actos de los cuales se puede inferir el retiro del sistema, es cuando el afiliado deja de efectuar aportes o última cotización.

Así las cosas, se advierte que el demandante realizó cotizaciones entre el 17 de marzo de 1976 y el 31 de mayo de 2020, para un total de 2232 semanas según se desprende del reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 11 de junio de 2020 (f°. 501 a 524 archivo 5), por lo que, éste se encontraba afiliado al sistema efectuando cotizaciones cuando cumplió la edad de 62 años en febrero de 2020, de suerte que, el disfrute de la pensión

¹ “...Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”.

queda supeditado a su retiro efectivo, lo cual se entiende con su última cotización, que data del 31 de mayo de 2020, motivo por el cual, resulta cristalino que la efectividad de la prestación, como lo concluyó el *a quo*, es a partir del 1° de junio de 2020 y por ende, le asiste derecho al pago del retroactivo pensional correspondiente a los meses de junio y julio de 2020. Previo a establecer la suma a que tiene derecho el actor por concepto del retroactivo pensional se hace necesario determinar el segundo problema jurídico relacionado con la reliquidación de la mesada pensional.

2. De la reliquidación pensional

En punto al reajuste de la mesada pensional solicitada, se remite esta Sala a lo establecido por nuestro órgano de cierre en sentencia SL3501-2022, en la que se expuso:

“Dentro de este contexto, el primer paso para el análisis a fin de evaluar el verdadero alcance del precepto en estudio, implica indagar si lo pretendido por la norma es limitar el incremento de la tasa de reemplazo a un porcentaje máximo alcanzado con 500 semanas cotizadas adicionales a las 1300, es decir, para un total de 1800 semanas válidas y, de esta manera, impedir que se pueda alcanzar el monto máximo de la pensión establecido como regla general en el 80% del ingreso base de liquidación -- con excepción de los de salario mínimo a quienes se les garantiza un 100% del ingreso base de liquidación--.

Al respecto, conforme al artículo 34 citado, el monto mensual de la pensión de vejez que se obtiene con el mínimo de semanas requeridas corresponde a un porcentaje que oscila entre el 65% y el 55% del ingreso base de liquidación en cada caso, en forma decreciente, en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. Así, la tasa de reemplazo inicial del 65% se obtiene cuando el ingreso base de liquidación es equivalente a un salario mínimo, siendo por lo tanto el valor de “s” igual a 1 SMLMV.

(...)

De esta manera, el valor de la pensión se halla al aplicar al ingreso base de

liquidación una tasa de reemplazo calculada con base en la fórmula decreciente señalada, lo que constituye una innovación introducida por el Ley 797 de 2003, ya que, básicamente, se pasa de una tasa de reemplazo fija del 65%, como se estableció en la normativa original -- Ley 100 de 1993-- , a hacerlo con una tasa variable entre el 65% y el 55%, calculada en función del nivel de ingresos de cotización.

En ese sentido, parece claro que la intención del legislador también ha sido la de desincentivar al interesado para que aumente de forma fraudulenta el ingreso base de cotización sin guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos, pues la regla, se itera, es que: a mayor ingreso base de liquidación menor será la tasa de reemplazo y, por el contrario, a menor ingreso mayor será la tasa indicada

(...)

...cuando la tasa de reemplazo corresponde al 65%, entonces son 500 semanas adicionales las que se necesitan para llegar al máximo del 80%. No obstante, en este caso, como la tasa de reemplazo del 65% se obtiene cuando el ingreso base de liquidación es equivalente a un salario mínimo, el monto deberá ser ajustado al 100% de este salario, con el fin de asegurar que se cumpla el mandato del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, la norma también contempla un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% del ingreso base de liquidación, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula indicada, sin embargo, la parte final del mencionado artículo 34 de forma expresa enfatiza en que, *“El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación”*, pero en este caso, sin indicar rango alguno de oscilación.

(...)

Así las cosas, los afiliados que obtienen una tasa de reemplazo inicial **inferior al 65%** pueden incrementar el porcentaje con semanas adicionales a las mínimas requeridas, hasta llegar al monto máximo del 80% del ingreso base de liquidación, pues, de lo contrario, la norma no surtiría ningún efecto, ya que con sólo 500 semanas adicionales no se alcanza el monto del 80% del ingreso base de liquidación, que es el máximo que permite la norma.

Por otro lado, nótese que el incremento de la tasa de reemplazo en un 1.5% del ingreso base de liquidación, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, corresponde a una forma de estimular el trabajo productivo, como valor fundante del Estado Social de Derecho, dado que el trabajo *“es ciertamente un derecho humano (Artículo 25) pero también*

constituye, al mismo nivel del respeto o la dignidad humana, un principio o elemento fundamental del nuevo orden estatal. Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente de la construcción de la nueva legalidad” (CC C-542-1992).

El Sistema General de Pensiones consagró la pensión de vejez con la finalidad de sustituir la renta o salario que percibe el afiliado al momento del retiro laboral y, por ello, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, establece que: “En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión”

A efectos de establecer si al promotor de la litis le asiste un mayor valor de la mesada reconocida por Colpensiones, punto al cual arguyó que el IBL de los últimos 10 años calculado por la entidad demandada, es inferior al que realmente le correspondía procede esta Sala, al efectuar las operaciones aritméticas para calcular dicho valor, conformado por el promedio de los salarios sobre los cuales se hicieron las cotizaciones a pensión, debidamente actualizados con el IPC en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, bajo la salvedad que, en aquellos periodos en que los salarios superaron los 25 SMLMV, conforme se advierte del reporte de semanas cotizadas (f°. 501 a 524 archivo 5), se tuvo en cuenta hasta dicho tope en los términos indicados en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, de lo que se obtiene entonces un ingreso base de liquidación de \$16.928.392,61, conforme a la liquidación que se adjunta y que hace parte integral de la presente sentencia.

Ahora, a efectos de establecer el monto de la pensión, forzoso resulta remitirnos al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 el cual establece que a partir del 1° de enero de 2004, el monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas será del equivalente

al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En ese orden, la norma dispone una tasa de reemplazo decreciente en función a los ingresos de los afiliados, por lo que entre más altos sean éstos menor será la tasa de reemplazo. No obstante, la norma también dispone que, por cada 50 semanas adicionales a las 1.300 mínimas requeridas, la tasa de reemplazo obtenida en la fórmula se incrementa en un 1.5% pudiendo llegar hasta el máximo del 80%.

En el caso concreto, aplicando la fórmula en mención se obtiene el siguiente porcentaje:

$$\$16.928.392,61 \div 877.803 = 9,64$$

$$R: 65.5 - 9,64 = 55,85\%$$

Se tiene entonces que el porcentaje aplicable en este caso es de 55,85%, sin embargo, como quiera que el demandante tiene 2.232 semanas cotizadas, es claro que cuenta con 932 semanas adicionales a las 1.300, las cuales se deben tener en cuenta en su totalidad, conforme lo ha dejado por sentado el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria laboral, de suerte que por cada 50 semanas adicionales se aumenta un porcentaje del 1.5%, y tal como

lo concluyó el fallador de primera instancia, ello corresponde en este caso a un 27% adicional. Es decir, 82.85%, lo que se traduce a que al promotor de la litis le asiste el derecho a que su pensión sea reconocida con la tasa de reemplazo máxima prevista del 80% sobre el IBL, lo que arroja una primera mesada pensional de **\$13.542.714,08**, suma ligeramente superior a la reconocida por el a quo de **\$13.434.368**, por lo que no es posible hacer la situación de la entidad demandada más gravosa en razón al principio del “*no reformatio in pejus*”, razón por la cual se confirmará el monto establecido en la sentencia objeto de consulta.

En consecuencia, le asiste el derecho al pago del retroactivo pensional de los meses de junio y julio de 2020 en la suma de \$26'868.736, punto en el que se confirmará la decisión de primer grado.

Igualmente, como quiera que la pensión de vejez se reconoció por la administradora del RPM en cuantía de \$11'900.357 a partir del 1 de agosto de 2020, hay lugar a la reliquidación de la pensión desde dicha data y hasta la fecha calculada por el juez de primera instancia, lo cual lo fue el 30 de abril de 2023 lo que corresponde a \$ 58.318.495,93, sin perjuicio del pago de las mesadas que se continúen causando, suma que se ajusta a la ordenada por el juez de primer grado, y por ende se confirmará.

		Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/08/20	31/12/20	3,80%	\$ 13.434.368,00	\$ 11.900.357,00	\$ 1.534.011,00	6,00	\$ 9.204.066,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 13.650.661,32	\$ 12.091.952,75	\$ 1.558.708,58	13,00	\$ 20.263.211,5
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 14.417.828,49	\$ 12.771.520,49	\$ 1.646.308,00	13,00	\$ 21.402.004,0
01/01/23	30/04/23	13,12%	\$ 16.309.447,59	\$ 14.447.143,98	\$ 1.862.303,61	4,00	\$ 7.449.214,4
		Total retroactivo diferencia pensional desde 01-08-2020 a 30-04-2023					\$ 58.318.495,93

3. Intereses moratorios sobre las mesadas completas de junio y julio de 2020

Censura la demandada la condena al pago de intereses moratorios, pues considera que aquellos operan tan solo cuando se adeuda alguna mesada pensional, lo que no aconteció en el caso de la convocante, pues desde su reconocimiento no ha existido retardo alguno en el pago de estas.

Al respecto, cumple recordar que el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:

“A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago efectúe el pago.”

La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que *“El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales”* y a la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Se recuerda que la consecuencia consagrada en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no tiene carácter sancionatorio sino resarcitorio, pues procura aminorar los efectos adversos que, la demora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones produce al acreedor, independientemente de las razones que aduzca para justificarla. También se ha considerado que no es una regla absoluta, y que se admite ciertos eventos en los cuales no procede su

imposición, porque la negativa de la entidad deudora estuvo válidamente justificada (CSJ SL704-2013), por ejemplo, cuando se amparó en la aplicación del ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (CSJ SL787-2013).

Con todo, corresponde a la demanda acreditar tales supuestos a efectos de extenderse eximido, pues en caso de que no se advierta su configuración, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, pese al reclamo correspondiente, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.

Dicho ello, en el presente asunto no se evidenció configurado ninguno de los escenarios que eximieran a la convocada, respecto del retroactivo de las mesadas de junio y julio de 2020, pues de vieja data nuestro órgano de cierre ha precisado el alcance de la desafiliación del sistema para el disfrute de la pensión de vejez, aspecto desconocido por la convocada, asistiéndole de este modo la obligación en el pago de tales intereses, en ese orden, como la demandante reclamó el reconocimiento de la pensión el 8 de junio de 2020, según se relaciona en el acto administrativo de reconocimiento pensional, (f.º 65 archivo 1), es posible advertir que los cuatro meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, venció el 8 de octubre de 2020, data a partir de la cual puede hablarse de mora en el pago de las mesadas de junio y julio que no fueron reconocidas en su oportunidad, por ende hay lugar a reconocer tales conceptos desde la última data mencionada y hasta el momento en el que se incluya en nómina dicho pago, imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este punto.,

4. Indexación de los reajustes pensionales

Como quiera que se dispuso, a cargo de la demandada, el pago de las diferencias resultantes de la reliquidación pensional y comoquiera que es innegable que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional desvaloriza los créditos de la seguridad social, justo como lo ordenó el fallador de primera instancia, le asiste derecho al demandante al pago indexado.

5. Excepción de prescripción

Resulta pertinente destacar que las sumas aquí reconocidas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, pues basta con acotar que la pensión se hizo exigible el 1° de junio de 2020 y luego de agotada la reclamación administrativa, la demanda se radicó el 2 de septiembre de 2021 según acta de reparto (archivo 2), sin que entre una y otra fecha transcurriera el término trienal prescriptivo de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

6. Costas.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la imposición de la condena en costas de primera instancia, se confirmará la decisión, como quiera ésta solo obedeció a que COLPENSIONES fue la parte vencida en el proceso, en los términos del artículo 366 del C.G.P, más allá de la intención o el comportamiento de la demandada o de que haya actuado de buena o mala fe en el trámite administrativo y judicial, por lo que también fue acertada la decisión del a quo en este sentido.

Costas en esta instancia a Cargo de Colpensiones dado el resultado desfavorable del recurso interpuesto.

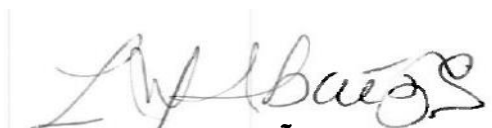
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación y consulta proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, en atención a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de (1/2) smlmv, por concepto de agencias enderecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia Martínez Castillo'.

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DRA. LUZ MARINA IBAÑEZ RADICADO: 110013105011202140501 DEMANDANTE : RAUL GRISALES DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2020 para obtener el valor de la primera mesada.			

Promedio Salarial Anual							
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
09/03/10	31/03/10	22	12.875.000,00	429.166,67	\$ 9.441.666,7		
01/04/10	30/04/10	30	12.875.000,00	429.166,67	\$ 12.875.000,0		
01/05/10	31/05/10	30	12.875.000,00	429.166,67	\$ 12.875.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	12.875.000,00	429.166,67	\$ 12.875.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	12.875.000,00	429.166,67	\$ 12.875.000,0		
01/08/10	31/08/10	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	8.482.000,00	282.733,33	\$ 8.482.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	9.776.000,00	325.866,67	\$ 9.776.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	9.081.000,00	302.700,00	\$ 9.081.000,0		
Total días		292			\$ 113.200.666,7	\$ 387.673,52	\$ 11.630.205,48
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	11.654.000,00	388.466,67	\$ 11.654.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	9.380.000,00	312.666,67	\$ 9.380.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	1.885.000,00	62.833,33	\$ 1.885.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
Total días		360			\$ 130.529.000,0	\$ 362.580,56	\$ 10.877.416,67
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/02/12	28/02/12	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	14.167.500,00	472.250,00	\$ 14.167.500,0		
01/05/12	31/05/12	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	11.993.333,33	399.777,78	\$ 11.993.333,3		
01/07/12	31/07/12	30	11.993.333,33	399.777,78	\$ 11.993.333,3		
01/08/12	31/08/12	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	11.993.333,00	399.777,77	\$ 11.993.333,0		
01/10/12	31/10/12	30	7.800.000,00	260.000,00	\$ 7.800.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	7.800.000,00	260.000,00	\$ 7.800.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	12.226.666,67	407.555,56	\$ 12.226.666,7		
Total días		360			\$ 140.274.166,3	\$ 389.650,46	\$ 11.689.513,86
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/03/13	31/03/13	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	7.182.029,00	239.400,97	\$ 7.182.029,0		
01/06/13	30/06/13	30	12.460.000,00	415.333,33	\$ 12.460.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	5.460.000,00	182.000,00	\$ 5.460.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	5.460.000,00	182.000,00	\$ 5.460.000,0		
01/11/13	30/11/13	8	1.274.000,00	42.466,67	\$ 339.733,3		
01/12/13	31/12/13	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,0		
Total días		278			\$ 87.741.762,3	\$ 315.617,85	\$ 9.468.535,50
Año 2014							



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	7.616.000,00	253.866,67	\$ 7.616.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	7.000.000,00	233.333,33	\$ 7.000.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	1.500.000,00	50.000,00	\$ 1.500.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	1.500.000,00	50.000,00	\$ 1.500.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	1.500.000,00	50.000,00	\$ 1.500.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	1.500.000,00	50.000,00	\$ 1.500.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	1.500.000,00	50.000,00	\$ 1.500.000,0		
Total días		360			\$ 57.116.000,0	\$ 158.655,56	\$ 4.759.666,67
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	1.500.000,00	50.000,00	\$ 1.500.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	1.500.000,00	50.000,00	\$ 1.500.000,0		
01/03/15	31/03/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	16.100.000,00	536.666,67	\$ 16.100.000,0		
Total días		360			\$ 164.000.000,0	\$ 455.555,56	\$ 13.666.666,67
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	16.695.000,00	556.500,00	\$ 16.695.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/03/16	31/03/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/04/16	30/04/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/05/16	31/05/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/06/16	30/06/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/07/16	31/07/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/08/16	31/08/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/09/16	30/09/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/10/16	31/10/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/11/16	30/11/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/12/16	31/12/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
Total días		360			\$ 206.295.125,0	\$ 573.042,01	\$ 17.191.260,42
Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	17.290.000,00	576.333,33	\$ 17.290.000,0		
01/02/17	28/02/17	30	17.290.000,00	576.333,33	\$ 17.290.000,0		
01/03/17	31/03/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/04/17	30/04/17	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
01/05/17	31/05/17	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
01/06/17	30/06/17	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
01/07/17	31/07/17	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
01/08/17	31/08/17	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
01/09/17	30/09/17	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
01/10/17	31/10/17	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
01/11/17	30/11/17	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
01/12/17	31/12/17	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
Total días		360			\$ 218.964.925,0	\$ 608.235,90	\$ 18.247.077,08
Año 2018							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	30	18.438.000,00	614.600,00	\$ 18.438.000,0		
01/02/18	28/02/18	30	19.530.700,00	651.023,33	\$ 19.530.700,0		
01/03/18	31/03/18	30	18.984.350,00	632.811,67	\$ 18.984.350,0		
01/04/18	30/04/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/05/18	31/05/18	30	19.530.700,00	651.023,33	\$ 19.530.700,0		
01/06/18	30/06/18	30	19.530.700,00	651.023,33	\$ 19.530.700,0		
01/07/18	31/07/18	30	19.530.700,00	651.023,33	\$ 19.530.700,0		
01/08/18	31/08/18	30	19.530.700,00	651.023,33	\$ 19.530.700,0		
01/09/18	30/09/18	30	19.530.700,00	651.023,33	\$ 19.530.700,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/10/18	31/10/18	30	19.530.700,00	651.023,33	\$ 19.530.700,0		
01/11/18	30/11/18	30	19.530.700,00	651.023,33	\$ 19.530.700,0		
01/12/18	31/12/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
Total días		360			\$ 232.730.050,0	\$ 646.472,36	\$ 19.394.170,83
Año 2019							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/02/19	28/02/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/03/19	31/03/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/04/19	30/04/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/05/19	31/05/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/06/19	30/06/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/07/19	31/07/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/08/19	31/08/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/09/19	30/09/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/10/19	31/10/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/11/19	30/11/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/12/19	31/12/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
Total días		360			\$ 248.434.800,0	\$ 690.096,67	\$ 20.702.900,00
Año 2020							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/20	31/01/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/02/20	28/02/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/03/20	31/03/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/04/20	30/04/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/05/20	31/05/20	30	10.973.200,00	365.773,33	\$ 10.973.200,0		
Total días		150			\$ 98.753.500,0	\$ 658.356,67	\$ 19.750.700,00

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2010	292	71,200	103,80	1,458	\$ 11.630.205,48	\$ 16.955.271	\$ 165.031.309
2011	360	73,450	103,80	1,413	\$ 10.877.416,67	\$ 15.372.033	\$ 184.464.400
2012	360	76,190	103,80	1,362	\$ 11.689.513,86	\$ 15.925.601	\$ 191.107.212
2013	278	78,050	103,80	1,330	\$ 9.468.535,50	\$ 12.592.364	\$ 116.689.237
2014	360	79,560	103,80	1,305	\$ 4.759.666,67	\$ 6.209.822	\$ 74.517.858
2015	360	82,470	103,80	1,259	\$ 13.666.666,67	\$ 17.201.407	\$ 206.416.879
2016	360	88,050	103,80	1,179	\$ 17.191.260,42	\$ 20.266.358	\$ 243.196.297
2017	360	93,110	103,80	1,115	\$ 18.247.077,08	\$ 20.342.032	\$ 244.104.384
2018	360	96,920	103,80	1,071	\$ 19.394.170,83	\$ 20.770.893	\$ 249.250.714
2019	360	100,000	103,80	1,038	\$ 20.702.900,00	\$ 21.489.610	\$ 257.875.322
2020	150	103,800	103,80	1,000	\$ 19.750.700,00	\$ 19.750.700	\$ 98.753.500
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2020	\$ 2.031.407.113
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 16.928.392,61
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					80%
		Primera mesada					\$ 13.542.714,08
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2020					\$ 877.803,00

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

martes, 30 de abril de 2024

Recibe:

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C. treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105036 2020 00400 01

Demandante: Jaime Acosta Huertas

Demandado: María Graciela Buitrago de Torres

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

JAIME ACOSTA HUERTAS, por medio de apoderado judicial demandó a la señora **MARÍA GRACIELA BUITRAGO DE TORRES** con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 21 de marzo de 2017 hasta el 22 de julio de 2019 y, como consecuencia, se condene a la demandada al pago de las cesantías con sus intereses, prima de servicios, vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo, reajuste aportes a la seguridad social en pensión, indemnización moratoria y las costas.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, señaló que:

1. Inició su vida laboral con SPEED BROASTER 2A de propiedad de la señora María Graciela Buitrago de Torres, mediante contrato de trabajo verbal.
2. Ingresó el 21 de marzo de 2017 para el cargo de domiciliario.
3. Sus funciones consistieron en: llevar domicilios, aseo al establecimiento de comercio, transportar alimentos a los demás puntos del asadero, arreglar pollo, atender clientes, tarjetear, mandados y comprar insumos para hacer bebidas.
4. Prestaba sus servicios en la calle 145 N° 48 – 03.
5. Renunció el 22 de julio de 2019 por el no pago de horas extras, prestaciones sociales y trabajo excesivo.
6. La demandada le reconocía como retribución del servicio la suma de \$1.640.000 mensuales.
7. Siempre cumplió el horario de lunes a domingo de 11:00 a.m. a 12:00 p.m.
8. Su empleador no lo afilió al Sistema General de Seguridad Social Integral en toda su relación laboral.
9. Tuvo que afiliarse al sistema como independiente por medio de Temposeguros RP EST S.A.S. y por problemas económicos no siguió cotizando.
10. Durante la relación laboral no fue afiliado a un fondo de cesantías. y no le fue reconocido valor correspondiente a la indemnización moratoria.
11. El 27 de agosto de 2019 citó a la demandada ante el Ministerio de Trabajo para llegar a un acuerdo conciliatorio al cual no asistió.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue radicada en el Centro de Servicios el 22 de octubre de 2020 (f° 01 archivo 01), la cual le fue asignada al Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante auto del 26 de marzo de 2021 la admitió (archivo 2).

La convocada a juicio procedió a contestar el libelo, oponiéndose a las pretensiones, y en cuanto a los hechos adujo que no eran ciertos o no le constaban. Como fundamento de su defensa, argumentó que entre las partes nunca existió una relación laboral, no se realizaron acuerdos verbales de

contrato de trabajo, como tampoco existe evidencia probatoria de ello, pues lo que se presentó fue una prestación de servicios, que consistía en realizar entregas a los clientes que requerían el producto, para ello, el demandante en su tiempo y a disposición del mismo, convino con el señor César Augusto Torres Buitrago, administrador del establecimiento de comercio para la época, pagar el turno de 4 horas en valor de \$30.000 que cubría el servicio y gasolina de la motocicleta de propiedad de él. Que el establecimiento disponía de tres personas más en razón que dependían de la disponibilidad y cubrimiento de la zona, razón por la cual, la prestación del servicio era esporádica, y bajo ese entendido no se configura un contrato laboral conforme al artículo 23 del CST.

Propuso las excepciones de inexistencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes, inexistencia de los elementos del contrato de trabajo, configuración de una ficción “contra legem”, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y prescripción.

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el JUZGADO TREINTA Y SEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 25 de abril de 2023, acorde con la siguiente parte resolutive (archivo 11):

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada MARÍA GRACIELA BUITRAGO DE TORRES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación

TERCERO: SIN COSTAS

CUARTO: En caso de no ser apelada remítase la providencia ante el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, para que lo analice en el grado jurisdiccional de consulta a favor del extremo demandante”.

Para arribar a dicha conclusión, indicó conforme a los medios probatorios que se llegaron al presente juicio lo siguiente:

“No existe soporte de la prestación personal del servicio que alega el extremo demandante, ello en la medida que la fotocopia del carnet que allega, pues, además de indicar el nombre del demandante y que es de agosto del 2017, pues, no da cuenta de que éste efectivamente haya desarrollado sus actividades de manera personal ante la persona natural hoy demandada, que es la señora María Graciela Buitrago de Torres. De otra parte, lo que tiene que ver con la certificación laboral suscrita por la señora Paula Andrea Rojas Martínez en calidad

administradora de SPEED BROASTER, debemos indicar que no existe ningún documento o soporte probatorio de ninguna índole que nos permita establecer que la persona natural que suscribió y firmó la certificación laboral en efecto tenía la calidad que se indica en este documento, esto es, que era el administrador del establecimiento de comercio SPEED BROASTER, pues de ello no hay ninguna prueba de ninguna índole y lo cierto es que el extremo demandado niega la existencia del vínculo laboral y en este escenario, pues el extremo demandante debía efectuar una mayor labor probatoria, en aras de demostrar que en efecto el demandante desarrolló sus servicios de manera personal para la demandada como persona natural que fue en los términos en que se elevó la demanda por los periodos de tiempo que se estaban alegando dentro del escrito introductorio de la demanda, pero en este proceso se avizora y se evidencia que las pruebas documentales allegadas son insuficientes para dar por sentado siquiera la prestación personal del servicio que es la que permite que se aplique la presunción legal establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, se reitera no hay certeza alguna de la prestación personal del servicio en los términos que aduce el extremo demandante.

Colorario de lo anterior, si lo que se pretendía por el extremo actor era una sentencia acorde con lo anhelado y la demanda, éste tenía la carga de allegar al proceso los medios probatorios que acreditaran la ocurrencia de los supuestos fácticos estructurales, de las consecuencias jurídicas previstas en las disposiciones jurídicas alegadas en su favor, pues al no hacerlo la decisión judicial necesariamente resulta desfavorable.

Ellos es así dado que en los términos del artículo 164 el Código General del Proceso toda decisión judicial debe fundarse en pruebas, regular y oportunamente allegadas al proceso y a su vez como bien se indicó previamente, el artículo 167 del mismo estatuto procesal dispone que cada una de las partes deben probar los supuestos de hecho, las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen con excepción de los hechos notorios o las afirmaciones o negaciones indefinidas, para ello, el extremo demandante contaba con plena libertad probatoria y por ende, si quería debió traer a juicio declaraciones testimoniales que dieran cuenta siquiera de la efectiva ejecución del contrato o cualquier otra documental como desprendibles de nóminas soportes de transferencias bancarias, soportes de pago, cualquier otro medio probatorio que diera certeza a esta falladora sobre la prestación personal del servicio y los demás hechos enunciados en el libelo introductorio... todos se echan de menos en este juicio conforme a lo ya indicado.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La decisión de primera instancia fue objeto del recurso de apelación por la parte actora, tras aducir que existe un certificado laboral donde se puede constatar la relación laboral que el demandante tenía con la demandada y, por ende, tiene derecho al pago de sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta sus extremos laborales desde el 29 de marzo del 2017 hasta el 22 de julio del 2019 con un salario mensual de \$1'640.000. De otro lado, indicó que la parte demandada en ningún momento ni por testigos ni con pruebas documentales, demostró la inexistencia de un contrato laboral.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandada se pronunció arguyendo que en el proceso no existen pruebas que demuestren las causales que configuran el contrato realidad conforme al artículo 23 del CST.

7. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los motivos expresamente cuestionados por la parte actora, la Sala deberá establecer la existencia de la relación laboral, regida por contrato de trabajo entre el 21 de marzo de 2017 y el 22 de julio de 2019; o si, por el contrario, como lo concluyó el juzgador de primer grado, no se demostró prestación del servicio, por lo tanto, no hay lugar a la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la promotora del juicio.

El demandante afirma en los hechos de la demanda que trabajó en el establecimiento de comercio SPEED BROASTER 2A de propiedad de la señora María Graciela Buitrago de Torres mediante contrato de trabajo verbal entre el 21 de marzo de 2017 y el 22 de julio de 2019, desempeñando el cargo de domiciliario.

La demandada, por el contrario, negó la existencia del contrato de trabajo, pues afirmó en la contestación de la demanda que el actor convino con el administrador del establecimiento de comercio, César Augusto Torres Buitrago el turno de 4 horas por valor de \$30.000, que cubría el servicio y gasolina de la motocicleta de propiedad del demandante dependiendo de la disponibilidad y cubrimiento de la zona, prestación del servicio que se realizó de forma esporádica, y bajo ese entendido no se configura un contrato laboral conforme al artículo 23 del CST.

El juez de instancia concluyó que la parte actora no acreditó la prestación personal del servicio, carga que le correspondía para activar a su favor la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T.

1. De la existencia del contrato de trabajo.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, reza que, a la hora de expedirse un estatuto del trabajo, se deben tener en cuenta unos principios fundamentales mínimos, tales como:

“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales ...” (Resaltado de la sala).

Por otro lado, en el artículo 4° de la Recomendación 198 de la OIT, se insta al Estado a incluir medidas tendientes a:

“(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Además, se contempló en el artículo 13, del citado escrito que:

“...Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que

ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. ...”

A su turno, el artículo 22 del CST lo define así: *“es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”*, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado en *“múltiples oportunidades, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento cardinal de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la CN, con sustento en el cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley”* (CSJ SL3564-2021).

En ese orden, la prestación personal del servicio corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador; de ahí, que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presuma la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

Entonces, es claro que, no sólo en virtud del artículo 24 del CST, sino por cuenta del artículo 53 Superior, también denominado principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, que al trabajador le basta inicialmente acreditar el primer requisito contenido en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal del servicio, acreditado ese elemento, se presume la existencia del vínculo laboral, por así disponerlo el legislador en el artículo subsiguiente, quedando en cabeza del empleador, desvirtuar dicha presunción, que el juez de manera automática no puede basarse en el contrato que éste aduzca, o la documental que en forma nominada señala que el contrato fue de prestación de servicios u otra naturaleza; así como tampoco atenerse a la calificación que los testigos hagan de esa relación como una forma de ratificar una pregunta que lleva implícita la respuesta, sino de los hechos concretos, que en cuanto modo, tiempo y lugar, realmente permitan establecer las características de la relación, ya que, si bien en un principio las partes pudieron acordar los términos de una relación independiente, eso no obsta para que en el lapso de aquélla exista una transformación que implique la subordinación del contratista, o aun habiendo acordado tales términos, se hizo como una manera de desconocer los derechos laborales. Por esa razón, se exige el análisis conjunto de las pruebas para establecer si realmente lo acreditado por el supuesto empleador tiene el mérito de desvirtuar con tal firmeza la presunción de la relación laboral a favor del trabajador.

Cabe agregar, que con la introducción de nuevos elementos en las estructuras empresariales y la forma como ha avanzado la contratación, el elemento de la subordinación debe mirarse desde otra óptica, esto es, de manera contextualizada; de ahí que, en aras de dilucidar ese aspecto, como se dijo atrás, la Recomendación 198 de la OIT, compiló un haz de indicios, que permite identificar en qué eventos, la forma como se desarrolló la labor encaja o no en una relación laboral.

Así, tal como quedó reseñado en la sentencia CSJ SL1439-2021, se han identificado ciertos criterios, como la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el

cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020); sin que, con esta relación, se entienda completada la labor de identificación de esos elementos propios de subordinación, pues, pueden ir surgiendo nuevas circunstancias, que sumadas en la forma como se fue desarrollando la relación, permitan verificar que la contratación en realidad fue laboral.

2. Caso concreto.

En el caso a estudio, se aportaron como pruebas documentales las siguientes:

Certificado de matrícula de persona natural de la Cámara de Comercio de fecha 19 de septiembre de 2019 por la cual consta que María Graciela Buitrago de Torres con NIT 41370626-6 era propietaria del establecimiento de comercio SPEED BROASTER (fº. 15 y 16 archivo 1).

Copia del carnet de SPEED BROASTER con Nit 41.370.626-6, en el que se relaciona como trabajador a *JAIME ACOSTA HUERTAS*, en el cargo de domiciliario, fecha de ingreso marzo de 2017 y Placa de moto VAG18D, sin firma de la demandada (fº. 17 archivo 1);

Certificación laboral suscrita por Paula Andrea Rojas administradora de SPEED BROSTER el 20 de junio de 2019, en la que consta que el demandante labora “*desde hace 2 años aproximadamente*” mediante contrato de prestación de servicios (fº. 18 archivo 1).

Reporte de semanas del demandante, emitido por Colpensiones donde aparecen como cotizantes en los periodos del 21 de marzo de 2017 al el 22 de julio de con los empleadores del mismo Jaime Acosta Huertas, MCS Integramos Servicios S.A.S. y Temposeguros RP EST S.A.S. (fº. 21 a 27 archivo 1).

De lo afirmado por el convocado al contestar la demanda, se encuentra probada la prestación personal del servicio a favor de la demandada, pues se itera, en forma enfática sostuvo *“Aquí lo que se presento fue una prestación de servicios, que consistía en realizar entregas de servicio a los clientes que requerían el producto, para ello el demandante en su tiempo y a disposición del mismo, convino con el señor Cesar Augusto Torres Buitrago quien era administrador del establecimiento de comercio para la época, pagar por el turno de cuatro horas el valor de \$30.000 que cubría el servicio y gasolina de la motocicleta del propiedad del demandante”*.

En ese sentido, se activó a favor del demandante la presunción prevista en el pluricitado artículo 24 del CST, por lo que erró el fallador al concluir que no estaba probado la prestación personal del servicio, pues así lo aceptó el demandado al contestar la demanda. y, por ende, se trasladó la carga de la prueba a la pasiva, quien pretendió derruir la misma alegando que el demandante ejecutó su labor bajo un contrato de prestación de servicios en turnos de cuatro horas.

Pues bien, frente a la naturaleza de los contratos de prestación de servicios y su naturaleza en sentencia CSJ SL2885 de 2019, reiterada en la providencia CSJ SL3126-2021, se asentó:

[...] el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades. Pero que, no obstante, en este tipo de contratación no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo”

En ese sentido, la Corporación ha precisado que corresponde analizar las particularidades fácticas de cada caso a fin de establecer si están acreditados los elementos configurativos de la subordinación, y para ello es esencial el análisis de la naturaleza de la labor y el conjunto de circunstancias en que esta se desarrolla (CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 35201 y CSJ SL2885-2019.

[...]

En tales condiciones, debe advertirse que no se acreditan los presupuestos de independencia y autonomía que rigen la relación civil alegada por la convocada a juicio, pues, ninguna prueba declarativa o documental acredita tal situación,

advirtiéndose un endeble ejercicio probatorio en este aspecto, lo que ratifica entonces la presunción de la existencia de la relación laboral suplicada por la activa.

Ahora bien, para efectos de acreditar los extremos temporales, como se expuso se allegó el carnet con el logotipo del establecimiento de comercio SPEED BROASTER, de fecha de ingreso marzo de 2017, y la constancia visible a folio 18 suscrita por Paula Andrea Rojas en calidad de administradora, sin embargo, la parte actora no acreditó que esta persona en algún periodo ostentara esa calidad en el referido local, máxime que en la respuesta a los hechos de la demanda, el llamado a juicio siempre indicó que el actor prestó sus servicios porque así lo convino con el señor César Augusto Torres Buitrago, nombre diferente al de aquella, por lo que el contenido de aquella documental no puede ser atribuida a la señora Maria Graciela Buitrago. El demandante debió tener una mínima carga probatoria con respecto a la relación habida entre quien suscribe el documento y la demandada, para extenderle sus efectos a esta última.

Además, si se revisa el historial de semanas cotizadas, se observa que durante el periodo que alega que prestó sus servicios con la demandada, estuvo afiliado con otros empleadores como MCS Integramos Servicios S.A.S. y Temposeguros RP EST S.A.S y si bien existe la coexistencia del contrato de trabajo en los términos indicados en el artículo 26 del CST, lo cierto es que así no lo indicó el actor en los hechos de la demanda y lo que sostuvo fue que su labor tenía un horario de 11:00 a.m. a 12:00 p.m.

Así pues, era carga probatoria de la demandante demostrar los extremos temporales del contrato, pues la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha dejado por sentado, entre otras en sentencia SL728-2021:

“...la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación de que *«además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama»*; así se recordó en la sentencia SL2608-2019, que reiteró lo dicho en la providencia CSJ SL 2780-2018, la que a su vez memoró la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

[...] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del

contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos trascendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros”.

En este orden, correspondía a la activa demostrar, además de la prestación personal del servicio, los extremos temporales solicitados en la demanda, so pena que la decisión que ponga fin a la controversia le resulte adversa a sus pretensiones, que es lo que acontece en el presente asunto, al no aportar con suficiencia las pruebas indicativas de los extremos del contrato continuo e ininterrumpido, para a fin de que salieran avantes los derechos laborales reclamados, razones suficientes para confirmar la decisión recurrida.

3. Costas.

Se condenará en este concepto a la parte recurrente por resultar desfavorable el recurso interpuesto.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de abril de 2023, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia, a favor de la demandada y a cargo del convocante. Se fijan como agencias en derecho la suma de medio (1/2) smmlv.

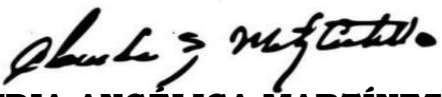
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105022 2020 00239 01

Demandante: Ana María Ospina Suescun

**Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y
Cesantías.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **Ana María Ospina Suescun**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías con el fin de que se declare que el fondo privado omitió proporcionar información suficiente y necesaria al momento de realizar su afiliación y traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 17 de julio de 1996 y por ende, se declare la ineficacia de su traslado. En consecuencia, persigue las siguientes pretensiones condenatorias (folios 5 y 6 archivo 01):

“1. Que se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, que admita el regreso automático de la señora **ANA MARÍA OSPINA SUESCUN**, como afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

2. Que, en consecuencia, se **CONDENE** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar todos los aportes y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual de la señora **ANA MARÍA OSPINTA SUESCUN** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y que el valor de dichos recursos se calcule conforme a la fórmula de indexación prevista por la ley.

3. Que se **CONDENE** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los dineros percibidos por concepto de gastos de administración, por los periodos en que la demandante permaneció afiliada al **RAIS** y que estos valores se paguen de manera indexada teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

4. Que se **CONDENE** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a que el traslado de los dineros y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual de mi representada, se haga sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro rubro.

5. Que se **CONDENE** a las demandadas al pago de todos los derechos que resulten probados, conforme a las facultades para decidir de manera extra y ultra petita.

6. Que se **CONDENE** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 20 de diciembre de 1959.
2. Estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, desde el 12 de noviembre de 1987 hasta el 31 de julio de 1996.
3. El 17 de julio de 1996 los asesores comerciales de Colfondos S.A. se presentaron en las instalaciones de su lugar de trabajo, Telefónica Móviles Colombia S.A., ofreciendo el traslado de régimen pensional, motivo por el cual, el mismo día suscribió formulario de afiliación efectivo desde el 1° de agosto del mismo año.
4. Al momento de su migración había cotizado un total de 312 semanas en el RPM con un ingreso base de cotización de \$1'200.000.

5. El asesor comercial del fondo privado la afilió sin cumplir a cabalidad con su obligación de debida asesoría y entrega de información suficiente, eficaz y oportuna que le permitiera, a través de juicios claros y objetivos, escoger entre los regímenes pensionales existentes y poder tomar una decisión informada respecto de su futuro pensional.

6. No le advirtieron sobre la conveniencia o no del traslado, pues lo único que los asesores comerciales de Colfondos le manifestaron, fue que podía adquirir a cualquier edad una mesada pensional mayor a la que obtendría en el régimen de prima media.

7. Durante el tiempo que estuvo afiliada a la AFP demandada no recibió asesoría sobre su futuro pensional, cálculos comparativos o proyecciones pensionales en los dos regímenes.

8. En el 2018, cuando tenía la edad suficiente para adquirir la pensión solicitó ante Colfondos información acerca de los trámites para obtener el reconocimiento pensional

9. Con la respuesta de Colfondos del 10 de octubre de 2018, advirtió el grave error al que fue inducida al momento del cambio de régimen pensional, por cuanto desconocía las condiciones y requisitos para pensionarse en cada uno de los regímenes pensionales.

10. El 20 de diciembre presentó petición ante Colfondos sobre la asesoría recibida al momento de su afiliación y en respuesta de 13 de enero de 2020 fue informada que la entidad no cuenta con soporte físico de lo requerido.

11. El 13 de enero de 2020 radicó reclamación administrativa ante Colpensiones, solicitando su afiliación dada la ineficacia de su traslado de régimen pensional, despachado de manera desfavorable mediante oficio de 18 de enero de la misma anualidad.

12. Elaboró estudio comparativo de su mesada pensional obteniendo en Colpensiones un valor de \$2'795.030 y en Colfondos \$1.176.061, por lo que, de continuar en el RAIS, va sufrir un detrimento económico mensual aproximado de \$1'618.969, suma considerable que afecta su mínimo vital.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 12 de marzo de 2020 (fº. 91 archivo 1) y fue admitido el líbelo introductorio luego de su subsanación con proveído del 24 de marzo de la misma anualidad (archivo 6).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las súplicas; en cuanto a los hechos aceptó la calenda de nacimiento de la demandante, su periodo de afiliación al ISS, el número de semanas cotizadas en el RPM, y la reclamación administrativa presentada ante dicha entidad resuelta de forma desfavorable. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1605 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fº. 1 a 46 archivo 9).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, contestó en término, sin oposición a las pretensiones de ineficacia del traslado de régimen y la remisión de aportes al RPM *“porque atendiendo al objeto de la misma, busca que se registre la afiliación al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, esto es, un regreso automático. No obstante, se manifiesta al despacho en su digno cargo que, aunque la afiliación es completamente válida y mi representada obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si el despacho considera viable ordenar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, mi representada no se opondrá a tal decisión y en consecuencia bajo ese supuesto, procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando esta decisión no le implique a la sociedad que represento, algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesorio como por ejemplo una eventual condena en costas”*; presentó oposición al traslado de gastos de administración debidamente indexados y a las costas. Como

Exp. No. 022 2020 00239 01

motivos de defensa adujo que la comisión por el manejo de aportes obligatorios es de consagración legal contemplada en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993. No presentaron excepciones. (archivo 11).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 1° de agosto de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 30):

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora **ANA MARIA OSPINA SUESCUN**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 17 de julio de 1996. 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: ORDENAR a COLFONDOS S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos los bonos pensionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condena a la devolución de los gastos de administración, el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexados a la fecha de entrega a **COLPENSIONES**.

TERCERO: DECLARAR que **COLPENSIONES** bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en los términos antes señalados

CUARTO ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de **COLFONDOS S.A.** y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en precedencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

SEPTIMO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para arribar a tal conclusión, precisó, luego de realizar un recuento normativo y jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, que conforme

a las pruebas allegadas al plenario, se evidencia que la AFP Colfondos incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, haber brindado a la demandante en el preciso momento de la afiliación, una información clara, cierta, oportuna, comprensible y oportuna sobre las características, beneficios, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitieran conocer los efectos de trasladarse con atención a su situación pensional., configurándose una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional.

De otro lado, fundamentó la imprescriptibilidad de la ineficacia del traslado, porque conlleva a una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por lo tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo.

Se condenó en costas a Colpensiones, por cuanto presentó oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda y a Colfondos que se resistió a algunas de las peticiones que salieron favorables a favor de la parte actora.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de la *a quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. interpusieron recursos de apelación, de la siguiente manera:

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías sentó su inconformismo en la orden impartida en su contra de trasladar el porcentaje de la garantía de pensión mínima, gastos de administración y seguros previsionales. En primer lugar, señaló que los descuentos por comisiones fueron causados por la administración de la cuenta de ahorro individual de la actora, los que se establecen por disposición legal, y genera unos rendimientos que no se hubieran presentado en el régimen de prima media, además, son de tracto sucesivo, y, por ende, si no se reclaman dentro de los tres años

están prescritos. Sumado a lo anterior, si bien los actos respecto de los cuales se declara la ineficacia en su mayoría superan afiliaciones de 20 años, lo cierto es que mientras permanecieron las vinculaciones se produjeron unos efectos jurídicos válidos hasta el día de hoy; la AFP cumplió con el deber de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante y gracias a su inversión se causaron rendimientos. En igual sentido, la prima de seguros previsionales ya fue sufragada y las aseguradoras cumplieron su deber de mantener la cobertura en vigencia de la póliza, por lo que en caso de su devolución se debió vincularlas para dichos fines. Finalmente, refirió que no es de recibo la condena relacionada con la devolución de los dineros debidamente indexados, pues en la cuenta de la demandante están incluidos los rendimientos, en caso contrario, estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa a favor de la Administradora del RPM.

Colpensiones solicitó la absolución de condena en costas, bajo el argumento que, por ser la administradora del régimen de prima media es la llamada a recibir a la convocante como consecuencia de la ineficacia del traslado, sin que previo a esta declaratoria tuviera la facultad de aceptarla, toda vez que se encontraba incurso en una prohibición legal, por ende, dicha entidad es un tercero de buena fe que no participó en el acto de la afiliación que se declara ineficaz, sin que de este modo proceda la condena de costas en su contra.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora arguyó que Colfondos S.A. no logró demostrar que la información suministrada al momento del traslado fue suficiente, amplia y oportuna frente a las características, condiciones y riesgos de su decisión. Colpensiones por su parte, solicitó se revoque la sentencia de primer grado, por cuanto el traslado goza de plena validez, además de ser una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda cambiarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de pensión; igualmente, la demandante no presentó ninguna

inconformidad cuando permaneció en el Régimen de Ahorro Individual, afianzando su decisión de estar en dicho régimen y por eso se entiende válidamente afiliada al RAIS.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Los problemas jurídicos que ocupa la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

- i)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima, en caso afirmativo, ¿deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- ii)* ¿Se aplicación de la figura de la prescripción sobre la devolución de gastos de administración?
- iii)* ¿La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?
- iv)* ¿Procede la imposición de costas a cargo de Colpensiones?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A., al momento de sustentar los recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

Una precisión es necesaria. Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia, invoca la validez del traslado de la demandante al RAIS. Sin embargo, este punto no fue objeto de ataque. Por lo tanto, lo alegado por dicha parte en esta sede, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia

de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

(...) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar los puntos de apelación y la procedencia de las condenas impuestas a cargo de Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional consulta.

Así las cosas, sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, efectuado por intermedio de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones al momento de sustentar el recurso de apelación, mostrándose conforme al respecto.

1. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele Colfondos S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los

rendimientos financieros, esto generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, no incurrió en ningún desacierto el juzgado de conocimiento a la hora de ordenar la indexación de los gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia; a su vez la Sala modificará la decisión a fin de que se ordene la indexación también sobre los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

2. De la prescripción sobre los gastos de administración y demás descuentos.

En cuanto a los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima ordenados devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado corren la misma suerte de la imprescriptibilidad, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, que hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia 47984 del 20 de abril de 2015, al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* Por lo tanto en este punto se confirmará la decisión recurrida.

3. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Como se expuso, el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, sino los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de

ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a Colfondos S.A. contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. De la condena en costas

Reprochó el apoderado de Colpensiones la condena impuesta por concepto de costas, punto en el que le asiste razón al recurrente, pues ésta no participó en el acto del traslado de régimen del demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en este organismo, en ese sentido, se revocará la decisión para en su lugar absolver a la Administradora del RPM por este concepto.

Por otro lado, se condenará en costas a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos de forma desfavorable. No se fulminará condena por este concepto a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pues salió victorioso su argumento en la alzada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 1° de agosto de 2023 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de

Exp. No. 022 2020 00239 01

Bogotá, en el sentido de ordenar la indexación, también sobre el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

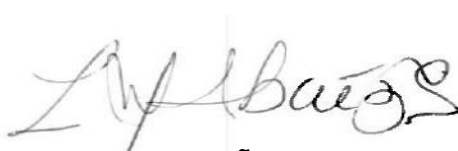
SEGUNDO. - ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de conceder a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO. - REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal sexto de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar absolver a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia.

CUARTO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta

QUINTO. - Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho. Sin costas respecto de Colpensiones.

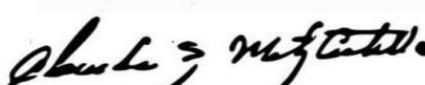
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105032 2022 00184 01
Demandante: Milton Fernando Suárez Pulido
Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A., y Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Protección S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Milton Fernando Suárez Pulido** actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (folio 7 archivo 01):

- PRIMERA:** *ORDENAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por mi poderdante del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la **AFP COLPATRIA** hoy **AFP PORVENIR** desde el **18 de agosto de 1999** y la **AFP PROTECCIÓN** el 30/10/1998.*
- SEGUNDA:** *Como consecuencia de la anterior, se declare para todos los efectos legales que mi poderdante siempre ha permanecido afiliado en el Régimen de Prima media con Prestación Definida en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones- **COLPENSIONES**.*
- TERERA:** *Que se ordene a la sociedad **AFP PORVENIR** trasladar los aportes realizados por mi poderdante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado hoy por **COLPENSIONES**.*
- CUARTA:** *Se CONDENE a la demandada **AFP PORVENIR** en Costas Procesales, incluidas las Agencias en Derecho.*
- QUINTA:** *Que se reconozca al demandante los pagos de intereses y/o rendimientos generados en la cuenta individual de pensión obligatoria cuando hayan sido discutidos y probados Extra Petita.*
- .

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 7 de mayo de 1961.
2. Prestó sus servicios en diferentes entidades con afiliación a los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través del Seguro Social desde el 7 de diciembre de 1979 hasta el 30 de noviembre de 1998 un total de 905 semanas.
3. En toda su vida laboral cotizó 1.191,14 semanas.
4. A la fecha en que cumplió 52 años ya tenía el 91.62% de semanas cotizadas exigidas en Colpensiones.
5. Efectuó el traslado del régimen el 30 de octubre de 1998 a través de Protección S.A., en donde cotizó 43,42 semanas.

6. El 10 de marzo de 1999 se afilió a la AFP Colpatria, entidad que fue absorbida por el fondo de pensiones Horizonte y a su vez por la AFP Porvenir.
7. El 12 de agosto de 1999 se cambió de Colpatria a Porvenir, momento en el que el asesor le suministró información errónea, pues no le dio a conocer los pro y contras que generaría dicho traslado.
8. Después de varias visitas y asedios del vendedor del fondo de pensiones y las continuas visitas a su trabajo, a través de engaños lo indujo para que migrara de régimen, con la promesa de que en el RAIS su pensión sería muy superior a la que le correspondería en el RPM.
9. No se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias de su decisión y la forma que impactaría su mesada pensional.
10. El asesor de la AFP le informó que se le devolvería parte del capital como excedente de libre disponibilidad, pero no le indicó que el valor de su pensión se vería seriamente afectada, pues en Colpensiones su mesada pensional ascendería a la suma de \$2'347.924, mientras que en el fondo privado a \$3'400.000.
11. El 4 de febrero 2022 solicitó ante Porvenir la anulación del traslado con respuesta negativa.
12. El 14 de marzo de 2022 elevó petición ante Protección S.A. de la información brindada por la entidad, quien señaló que la asesoría se brindaba de manera verbal.
13. El 22 de febrero de 2022, peticionó ante Colpensiones el traslado de régimen negado en oficio de la misma fecha.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 03 de mayo de 2022 (archivo 4) y fue admitido el líbello introductorio, con proveído del 22 de junio de la misma anualidad (archivo 5).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las súplicas de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, y la solicitud de traslado con respuesta negativa. Formuló las excepciones denominadas: falta de legitimación en la causa por pasiva en relación al reconocimiento de pensión de vejez, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 7).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestó en término oponiéndose a las pretensiones e indicó que no eran ciertos o no le constaban los hechos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (archivo 9).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones. Como sustento de su defensa señaló que se está en presencia de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que la suscripción del formulario de vinculación se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esa forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y la AFP, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como el de la afiliada. Formuló las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe,

prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y DOS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 05 de julio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 18):

“PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. - DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante **MILTON FERNANDO SUAREZ PULIDO** a través de **PROTECCIÓN S.A.**, de fecha 30 de octubre de 1998, 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** las Sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. - CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO. - ORDENAR a la demandada **COLPENSIONES** a recibir al demandante **MILTON FERNANDO SUAREZ PULIDO** como afiliado al

Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO. - CONDENAR en costas a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

SÉPTIMO. - En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada **COLPENSIONES** remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a tal conclusión, precisó, luego de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y efectuar un análisis de los elementos probatorios del proceso, que Protección S.A., administradora a través de la cual se produjo el traslado procesal, no cumplió con la carga procesal que le correspondía respecto del deber de información en los términos señalados por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, y por ende hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del 30 de octubre de 1998 así como los posteriores traslados.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *a quo*, Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron sendos recursos de apelación.

Porvenir S.A. sentó su inconformismo de manera parcial en lo concerniente a la indexación de los aportes, gastos de administración y seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez, teniendo en cuenta que la AFP ha hecho una correcta administración de esos recursos, los cuales pertenecen a la administradora de pensiones y no forman parte de la cuenta de ahorro individual del demandado.

Colpensiones solicitó se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por

razones financieras y estabilidad del sistema pensional, esta misma norma limitó tal derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos que tuviesen quince años cotizados al entrar en vigencia el sistema general de pensiones, limitación que se justifica en las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política, y por lo tanto, todas las actuaciones de la entidad deben estar encaminadas al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y la reforma constitucional del año 2005. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo como lo señala la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia SU-02 de 2010, pues contaba para aquella data con 720 semanas, por lo anterior a la fecha en que la demandante elevó petición en tal sentido –22 de febrero de 2022— tenía 60 años de edad, y por eso era improcedente aceptar su afiliación al régimen de prima media.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora solicito se ratifique la decisión del juez de primer grado. De otro lado, Porvenir sostuvo que en este asunto no se probó los eventos para declarar la nulidad absoluta del artículo 1741 del Código Civil, el actor no ejerció el derecho de retracto, decidió escoger el régimen de ahorro individual hecho materializado con la suscripción del formulario de afiliación, debe apreciarse la voluntad del afiliado en permanecer más de 20 años en el RAIS, que no se le puede imponer a las AFP cargas inexistentes, pues al momento de la celebración del acto jurídico no existía la obligación de suministrar la información con el alcance de la jurisprudencia; que en el caso de considerarse la falta del deber de información, no se puede ordenar la devolución de rendimientos financieros., pues en ese caso se debe autorizar el descuento de las restituciones mutuas a que haya lugar por gastos de administración,

además, no procede la indexación de las condenas pues ello implicaría una doble sanción.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Los problemas jurídicos que ocupa la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

- i)* ¿La prohibición legal del traslado establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 aplica en los casos que se declare la ineficacia del traslado?
- ii)* ¿El no ser beneficiario del régimen de transición impide la declaratoria de la ineficacia del traslado?
- iii)* ¿Cómo consecuencia de la ineficacia del traslado Colpensiones debe recibir al demandante aunque sea un tercero de buena fe?
- iv)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la indexación respecto de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- v)* ¿La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A., al momento de sustentar los recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

Una precisión es necesaria. Porvenir S.A. en los alegatos presentados en esta instancia, controvierte la procedencia de la nulidad y/o ineficacia del traslado. Sin embargo, esto punto no fue objeto de ataque. Por lo tanto,

lo alegado por dicha parte en esta sede, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

(...) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar los puntos de apelación y la procedencia de las condenas impuestas a cargo de Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional consulta.

Así las cosas, sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, efectuado por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, como tampoco de Colpensiones al momento de sustentar el recurso de apelación, mostrándose conforme al respecto.

1. De la indexación de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que no se debe devolver de manera indexada, los aportes, gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que la AFP efectuó una correcta administración de los recursos.

Sobre el particular, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, no incurrió en ningún desacierto el juzgado de conocimiento a la hora de ordenar la indexación de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima. En consecuencia, se confirmará en este aspecto la decisión objeto de apelación.

2. De la prohibición legal del traslado en los casos de ineficacia.

Con relación a lo anotado por Colpensiones en el recurso de apelación, sobre la restricción de traslado de la parte actora, referente a la edad para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13

de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, se le recuerda que lo debatido en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 30 de octubre de 1998 a través de Protección S.A. (fº. 34), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas.

Al punto, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral precisó que con la ineficacia de traslado de régimen pensional no se desconocen los fines constitucionales del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 respecto al cambio de régimen conforme a lo que indicó la Corte Constitucional en la sentencia CC-C-1024-2004; por el contrario, se protege el derecho fundamental a la seguridad social de los afiliados contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política que puede verse trasgredido por el eventual desconocimiento de las administradoras de pensiones de suministrar una información adecuada y, por tales omisiones, verse afectadas las perspectivas pensionales de una persona (CJS SL SL2932-2022)., por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la administradora del RPM en este punto.

3. Del régimen de transición.

Por otra parte, el apoderado de Colpensiones adujo que la actora no pertenece al régimen de transición, por ende, no puede regresar al RPM. Al respecto nuestro órgano de cierre ha asentado que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad respecto a la adquisición del derecho no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.(CJS SL SL2932-2022).

4. Del retorno al RPM

Finalmente, Colpensiones señaló que es un tercero de buena fe que no intervino en el acto jurídico del traslado, y por ende, no debe ser favorecido ni perjudicado con la ineficacia del traslado, aspecto sobre el cual resulta dable precisar que dicha figura implica que para todos los efectos legales el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, por ende, se retornan todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor conforme a lo previamente expuesto, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022), razones por las cuales una vez declarada la ineficacia se entiende que el actor siempre estuvo afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Costas

Se condenará en costas a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos de forma desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta

TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

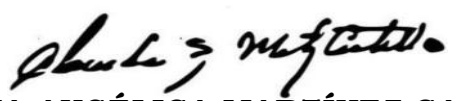
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105038 2021 00219 01
Demandante: Rodolfo Felizzola Contreras
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Rodolfo Felizzola Contreras, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 43 y 44 archivo 01)

“PRIMERA: Se declare de la afiliación del señor **RODOLFO FELIZZOLA CONTRERAS** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, por haberse incumplido por parte de la AFP los deberes de información conforme a lo previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDA: DECLARAR que la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., al momento de la afiliación de mi mandante, RODOLFO FELIZZOLA CONTRERAS no le informó de manera clara y por escrito sobre las consecuencias que generaba el traslado de régimen pensional y demás situaciones referentes al reconocimiento pensional.

TERCERA: DECLÁRESE Válida y vigente la afiliación del señor RODOLFO FELIZZOLA CONTRERAS a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como única administradora de Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicito al (a) señor (a) Juez, se sirva impartir las condenas que a continuación expongo:

C. PRETENSIONES DE CONDENA:

PRIMERA: CONDÉNESE a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.** a trasladar el total de los aportes realizados en la cuenta individual de mi mandante, así como el valor del bono pensional, rendimientos financieros, cuotas de administración, y las demás sumas adicionales que se hubiesen generado.

SEGUNDO: CONDÉNESE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** como única administradora de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir los aportes que gire la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.** en favor de mi representado.

TERCERA: CONDÉNESE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** como única administradora de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a activar al señor **RODOLFO FELIZZOLA CONTRERAS** como afiliado cotizante.

CUARTA: CONDÉNESE a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

QUINTA: CONDÉNESE al reconocimiento de lo que resulte probado con base en las facultades extra y ultra petita”

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 20 de enero de 1960 y en la actualidad cuenta con más de 60 años de edad.

2. Estuvo afiliado al extinto ISS desde el 8 de mayo de 1990 hasta el 31 de enero de 1997, en donde cotizó 129 semanas.
3. En septiembre de 1997 fue trasladado a la entonces AFP Colmena, cotizando 60 semanas.
4. El 13 de noviembre de 1998 un asesor de la AFP Porvenir acudió a las instalaciones donde laboraba, reunieron a varias personas y les informaron que el ISS iba a ser liquidado, y por ello sus aportes estarían en riesgo, por lo que procedió el mismo día a diligenciar el formulario de afiliación.
5. Porvenir S.A. no le informó las implicaciones de trasladarse de régimen pensional sobre las desventajas de RAIS, el derecho de retracto, y que no podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.
6. No fue informado sobre las ventajas de permanecer en el RPM, y la forma de liquidar su mesada pensional.
7. No fue ilustrado sobre las características del RAIS.
8. EL 26 de mayo de 2020 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, negado en misiva del 26 de mayo de 2020.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia el 5 de mayo de 2021 (archivo 03), la cual fue admitida por el juez de conocimiento después de subsanada el 28 de septiembre de la misma anualidad (archivo 05).

Colpensiones contestó en forma legal y oportuna la demanda oponiéndose a sus pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó como ciertos la calenda de nacimiento del demandante, su periodo de afiliación en el extinto ISS y el número de semanas cotizadas, así como la solicitud de traslado de régimen con respuesta negativa. Propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no

debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica. (archivo 7).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Como fundamento de su defensa sostuvo que el traslado de régimen pensional realizado por el demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 13).

Mediante auto de 26 de septiembre de 2022 se tuvo por contestada la demanda y se ordenó la vinculación de la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A. (archivo 14), entidad que se opuso a sus súplicas. En cuanto a los argumentos de defensa señaló que se estaba frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. El formulario de vinculación que suscribió el señor Rodolfo Felizzola Contreras se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero *contrato entre el demandante y Protección S.A.* Formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima del seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica (archivo 16).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y OCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 27 de julio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 28):

“PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por **RODOLFO FELIZZOLA CONTRERAS** con destino a la AFP COLMENA, hoy AFP PROTECCION S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 22 DE SEPTIEMBRE DE 1997. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a las **AFP PORVENIR S.A** y **PROTECCIÓN** S.A que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación del accionante en el RPMPD administrado por COLPENSIONES y a retornarle a dicho régimen los recursos percibidos de manera integral por cuenta del demandante con destino al RAIS durante el tiempo en que permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia, resaltándose que el giro de recursos indexados se podrá hacer, tomando para el efecto, el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, y solo en el caso de ser insuficientes se pagarán con cargo a recursos propios de las AFP PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, en proporción al tiempo en que el accionante estuvo afiliado a cada una de estas administradoras, sin lugar a deducción de valor alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Ahora bien, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional.

TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas **CUARTO: Sin costas en la instancia**

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE con el SUPERIOR”.**

Sostuvo que, el demandante se trasladó de régimen pensional el 22 de septiembre de 1997 con la AFP Colmena hoy Protección S.A. sin que obre en el plenario prueba idónea de la cual pueda deducirse que el actor recibió una información completa, objetiva y comparada respecto de los distintos regímenes pensionales, de las consecuencias del cambio y en este escenario. Lo que no se subsana con el hecho que el demandante no haya sido forzado a suscribir el formulario de afiliación, o que el asesor no hubiese desplegado maniobras fraudulentas, maliciosas y con el ánimo de perjudicarlo, pues se desconoce qué información específicamente recibió para calificarla como objetiva y comparada respecto de los distintos regímenes pensionales.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron sendos recursos de apelación.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. señaló que el demandante debió actuar con mediana diligencia para obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían advertir las consecuencias del traslado estaban claramente determinados en nomas que son de público conocimiento, asimismo, el actuar del fondo de pensiones siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento de su migración del régimen, en 1999. Antes de tomar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones del traslado, las características del régimen, suscribió además un formulario de manera libre y voluntaria en el cual cumplió todos los requisitos exigidos por la ley en el momento, y manifestó expresamente que se mantuvo por más de 20 años en el RAIS. De otro lado, señaló que al ser declarado ineficaz el traslado a Porvenir, el efecto natural de esa decisión implicaría que los recursos que se envíen como rendimientos debe corresponder a los que generan las reservas de Colpensiones y no los que se causaren en el RAIS, pues no tendría sentido que si el traslado no surtió ningún efecto legal se obligue a pasar los rendimientos propios de éste régimen y, en caso contrario, por efectos de las restituciones mutuas, al migrar los frutos generados por el RAIS deberán reconocerse en consecuencia los gastos en que incurrió para poder administrar el pago de dichos aportes que se entendían realizados a Porvenir, los que se sintetizan en la comisión de administración y las primas de seguro previsional para efectos de coberturas en casos de invalidez y muerte. En ese mismo orden, no considera procedente que la administradora deba restituir lo que pagó por concepto de primas de seguros previsionales por cuanto están en poder de la compañía aseguradora que contrató, necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requieren y en línea de lo anterior, se debe indicar que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la

Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar a las entidades administradoras de fondos de pensiones.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida por el *a quo*, toda vez que el vínculo contractual generado con la selección de régimen genera obligaciones recíprocas, tal como lo establece el artículo 1495 del Código Civil. Es evidente que el deber de información se integra por una parte con obligación de asesoría y buen consejo que les asiste a las administradoras de pensiones, y por otra parte, el deber de informarse de manera autónoma de los afiliados acerca de las condiciones y modalidades que integran los regímenes pensionales que le permitan tomar determinaciones con el debido cuidado y atención que merece por ejemplo la decisión de afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad pensional de acuerdo a las expectativas de cada afiliado. Igualmente, la permanencia en el RAIS por parte de la accionante evidencia que éste aceptó y acogió las reglas, normas y procedimiento de dicho régimen, pues a partir de la firma del formulario y con posterioridad a ésta estuvo regido por las normas del régimen de ahorro individual. Agregó que sería injusto, condenar a la entidad a recibir los aportes del demandante por cuanto no fue la causante del traslado al RAIS ni se incentivó a que se desafiliara del instituto de seguro social, además es evidente que se afecta el principio de sostenibilidad financiera, toda vez que son 27 años en que el actor no ha contribuido a la financiación del fondo común que financian las pensiones.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, el demandante solicitó se confirme la decisión por cuanto las administradoras de pensiones no cumplieron con el deber de información, Colpensiones arguyó que la accionante se encuentra en una prohibición legal para realizar el traslado de régimen, no se demostró ningún vicio del consentimiento y el actor como afiliado también tenía el

deber de informarse respecto del acto jurídico que estaba suscribiendo de manera voluntaria. Por su parte Porvenir S.A. ratificó y amplió los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

- i)* La carga de probar el deber de información, asesoría y buen consejo que tienen las administradoras del régimen de pensiones del régimen de ahorro individual corresponde a la parte actora?
- ii)* En el año 2002 las AFP no tenían la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social?.
- iii)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima, en caso afirmativo, en caso afirmativo, ¿deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iv)* La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que el deber de información no

puede recaer en forma exclusiva en el fondo de pensiones, pues el actor como consumidor financiero también tenía la obligación de informarse, además que le correspondía desvirtuar la buena fe del fondo privado; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP Protección en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RAI por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).
2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).
3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la

ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: **“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. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: **“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN.** Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que el actor migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Pensiones y Cesantías Santander S.A. hoy Protección S.A. el 29 de abril de 2002 (fº. 32 y 74 archivo 11), la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando

debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), *“entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna”* (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que el promotor del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155 2022, CSJ SL1637-2022), puesto que *«esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado»* (CSJ SL4205 2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por el demandante ante la AFP Colmena hoy Protección (Fº. 39 archivo 16), se anota con la leyenda pre

impresa: “DE ACUERDO CON EL DECRETO 682 DE 1994 ARTÍCULO 11, HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMININSTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fº. 3 archivo 1), solicitud de vinculación ante Colpensiones y respuesta negativa efectuada por la entidad (fº. 19 y 20 archivo 1), reporte se semanas cotizadas en pensiones emitido y certificación de traslado emitidos por Colpensiones (fº. 21 a 26 archivo 1), copia de la cédula de ciudadanía del actor (fº. 29 archivo 1), expediente administrativo (fº. 52 a 205 archivo 7); certificado de afiliación, historia laboral consolidada y relación histórico de movimientos, (fº. 34 a 86 archivo 12), historial de vinculaciones de Asofondos (fº. 87 archivo 13), historia laboral válida para bono pensional (fº. 90 a 94 archivo 13), conceptos de 29 de diciembre de 2015 y de 15 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia (fº. 96 a 102 archivo 13 y 52 y 53 del archivo 16), comunicados de prensa (fº. 103 a 105 archivo 13 y 54 a 56 archivo 16); reporte estado de cuenta emitido por Protección (fº. 42 a 45 archivo 16), políticas asesorar para vincular personas naturales (fº. 47 a 51 archivo 16), no permiten colegir que la AFP Colmena hoy protección S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ahora, Rodolfo Felizzola Contreras, informó en la práctica del interrogatorio que cuando ingresó a trabajar en la Universidad Distrital sede Candelaria, para el año 1997, se presentó un asesor de Colmena ofreciendo el cambio de fondo, indicando que el del Estado se iba a acabar. No le indicaron sobre cuenta de ahorro individual, no realizó

aportes voluntarios y hasta ahora que está próximo a pensionarse ha indagado al respecto, cuando ya tenía más de 52 años.

El representante legal de Porvenir, Felipe Chávez, señaló que desconoce si el asesor de la AFP le dio información por escrito al actor al momento del traslado.

De las respuesta brindada por Felizzola Contreras, no se puede establecer que, exista confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, sin que de este modo ninguna de las afirmaciones del actor den cuenta de información alguna brindada por la administradora del fondo privado para el momento del traslado de régimen pensional.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación con el deber que le asistía al actor de informarse, sin embargo, se pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el

formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si el demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la permanencia en el RAIS y traslado a otros fondos.

Porvenir S.A. hace alusión a que el traslado horizontal con dicha administradora se surtió de manera libre y voluntaria y con la información suficiente, a su vez Colpensiones sentó inconformismo en que el demandante permaneció por más de 20 años en el RAIS; en este sentido se precisa en primer lugar que sobre el particular ha establecido nuestro órgano de cierre, entre otras, en sentencia SL 3496 de 2018 lo siguiente: “*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*”. Por tanto, es claro que los traslados posteriores no tienen la entidad suficiente para convalidar la información recibida en el traslado inicial.

3. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos

Por otra parte, Porvenir S.A. refiere que si se ordenan los rendimientos financieros no hay lugar a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos

porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el *a quo*. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que el *a quo* ordenó la indexación sobre los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante, se modificará en tal sentido, como quiera que la actualización de las sumas solamente recae sobre los conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues, se reitera, los aportes pensionales se trasladan con sus rendimientos a diferencia de los conceptos mencionados, en consecuencia, se ordenará a Protección S.A. y Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; 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.

Bajo ese entendimiento, se modificará y adicionará la decisión apelada y consultada en los términos ya indicados.

3. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Como se expuso, el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub

examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a Protección S.A. y Porvenir S.A. contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

3. Costas

Se condenará en costas a Colpensiones y Porvenir S.A. por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 18 de julio de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos. A Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ***estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos***, por todo el tiempo de permanencia del

Exp. No. 038 2021 00219 01

actor. 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.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

CUARTO. - Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

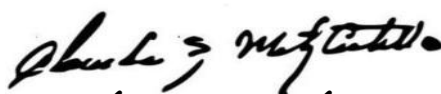


LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Exp. No. 038 2021 00219 01



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105026 2018 00063 01
Demandante: Germán Gutiérrez Corredor
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y
Cesantías.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Libardo Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Reconocer personería para actuar como apoderado principal de Colpensiones a la Doctora Marcela Patricia Ceballos Osorio identificada con C.C. No. 1.075.227.003 y T.P. No. 214.303 del C.S. de la J., en su calidad de representante legal de la firma Unión Temporal Defensa Pensiones identificada bajo el NIT 901.713.434-1 y como apoderado sustituto a Sergio Andrés Díaz Cortes identificado con C.C. 1.117.552.225 y T.P. 398.536 del C.S. de la J. (fº 6 y ss. archivo 4).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Germán Gutiérrez Corredor** actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 112 y 113 del archivo 1):

“A. DECLARACIONES:

1. *Declarar que la afiliación efectuada por el señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** el día 22 de diciembre del año 1994, es inválida y/o nula por falta de consentimiento informado o ilegalidad en la misma.*
2. *Declarar la recuperación de semanas por el tiempo que el señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR** laboró con la empresa **ECAD** desde el 15 de enero de 1978 (15/01/1978)- y su fecha de retiro fue el día 30 de septiembre de 1978 (30/09/1978), con **(36.57) semanas de cotización** y que el fondo **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no realizó los cobros adeudados en su momento oportuno y presenta mora en su historia laboral.*
3. *Declarar la recuperación de semanas por el tiempo que el señor **GERMÁN GUTIPERREZ CORREDOR**, laboró con la empresa **IGAC** fecha de ingreso fue el: **01 de Noviembre de 1978 (01/11/1978)**- su fecha de retiro fue el: **30 de Diciembre de 1978 (30/12/1978)**, con **(8.57) Semanas de cotización** y que el fondo **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no realizó los cobros adeudados en su momento oportuno y presenta mora en su historia laboral.*
4. *Declarar la recuperación de semanas por el tiempo que el señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR**, laboró con la empresa **ARAL LTDA** por el primer tiempo comprendido entre **17 de Octubre de 1979 (17/10/1979)**- su fecha de retiro fue el: **22 de Enero de 1980 (22/01/1980)** con **(13,71)** semanas de cotización, y un segundo periodo de tiempo comprendido entre fecha de ingreso el: **22 de Febrero de 1980 (22/02/1980)**- su fecha de retiro fue el: **09 de Junio de 1980 (09/06/1980)** con **(15,42)** semanas de Cotización y que e fondo **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no realizó los cobros adeudados en su momento oportuno y presenta mora en su historia laboral.*
5. *Declarar la recuperación de semanas por el tiempo que el señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR**, laboró con la empresa **SEC INGENIEROS** desde el 15 de Julio de 1980 (15/07/1980) – su feca de retiro fue el: 16 de Marzo de 1981 (16/03/1981 con **(34,57) Semanas de Cotización** y que el fondo **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no realizó los cobros adeudados en su momento oportuno y presenta mora en su historia laboral.*
6. *Se declare que el señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR**, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la Pensión de Vejez, a cargo de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES **COLPENSIONES**, por reunir los*

requisitos de ley: edad y semanas de cotización y ser beneficiario del régimen de transición.

7. Declarar que el señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR**, tiene derecho a la recuperación del régimen de transición y que se le aplique lo contenido en el artículo **12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado del Decreto 758 de 1990**, por remisión que hace el artículo 36 de la ley 100 de 1993, al ser beneficiario del régimen de Transición, y por aplicación del principio de favorabilidad, debido a que para la fecha de entrada en vigencia de la ley, mi poderdante acreditaba contar con más de 750 semanas de cotización, y en ese mismo año cumplir los 40 años de edad.
8. Igualmente, para la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 el señor **GERMÁN GUTIERREZ CORREDOR**, acreditaba tener cumplidos más de las 750 semanas de cotización más exactamente 816,02 semanas de Cotización.
9. Se declare que el señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR**, tiene derecho al pago del Retroactivo Pensional y al pago de los Intereses Moratorios (Art 141 de la ley 100 de 1993), trayéndolo a valor presente, es decir indexado, a cargo de COLPENSIONES a partir del 01 de Junio de 2011.
10. De igual forma, que se declare el reconocimiento del Bono Pensional por parte de Colpensiones, al haber trabajado el señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR** más de quince años continuos al IGAC.

B. CONDENAS:

11. Ordenar a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CEANTÍAS** que autorice el traslado del señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR** a **COLPENSIONES** junto con los aportes que obren en su historia laboral.
12. Ordenar a COLPENSIONES que reciba la afiliación del señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR** y acredite en su historia laboral el tiempo cotizado ante **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**.
13. Condenar a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** o al fondo que en su momento resulte implicado a reconocer y cargar las semanas de cotización en la historia laboral a favor del señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR**, por el tiempo que el trabajo con las empresas **ECAD (36,57) semanas de Cotización, IGAC (8,57) Semanas de Cotización, ARA LTDA (29,13) Semanas de Cotización y SEC INGENIEROS (34,57) Semanas de cotización.**
14. Ordenar a COLPENSIONES a reconocer a cargo de esta entidad la pensión de vejez por ser beneficiario del Régimen de Transición y por el principio de favorabilidad aplicar el **Artículo 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 Decreto 758 de 1990** a favor del señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR**, e igualmente reconocer junto con las mesadas adicionales de cada año, desde que mi representado cumplió las semanas requeridas, por los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte.

- 15. Condenar a COLPENSIONES a reconocer el retroactivo pensional y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, e indexación, desde la fecha de causación hasta que el pago se haga efectivo, teniendo en cuenta los reajustes de ley año por año.*
- 16. Condenar al reconocimiento del Bono Pensional por parte de Colpensiones, a favor del señor **GERMÁN GUTIÉRREZ CORREDOR** al haber trabajado más de quince años continuos en el IGAC.*
- 17. Las costas del proceso y agencias en derecho.*
- 18. Lo ultra y extra petita y previo resulte probado en el proceso.*

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. El 16 de septiembre de 1974 se afilió a Cajanal a través de su empleador Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida administrado por dicha entidad hasta el 22 de diciembre de 1994.
2. Laboró en el IGAC en dos periodos, el primero entre el 16 de septiembre de 1974 y el 18 de agosto de 1975 en el cargo de auxiliar de dibujo, y el segundo desde el 8 de febrero de 1982 hasta el 16 de abril de 1996 como profesional universitario.
3. Prestó sus servicios para la empresa Estudios Cálculos Dibujos – ECAD en el cargo de dibujante desde el 15 de enero al 30 de septiembre de 1978, equivalente a 36,57 semanas, tiempo que no aparece cargado en su historia laboral.
4. Igualmente trabajó en la empresa Ariza, Aldana y Asociados Ltda. – ARAL Ltda. en el cargo de auxiliar de ingeniería del 17 de octubre de 1979 al 22 de enero de 1980 correspondiente a 13,71 semanas, y entre el 22 de febrero y el 09 de junio de 1989, es decir 15,42, tiempo que no está en su historia laboral.
5. Simultáneamente laboró en la empresa Sistemas Eléctricos Electrónica y Comunicaciones – SEC INGENIEROS en el cargo de dibujante desde el 15 de julio de 1980 hasta el 16 de marzo de 1981, (34.57 semanas), tiempo que tampoco se relaciona en su historia laboral.
6. Las empresas ECAD, ARAL LTDA y SEC Ingenieros ya no existen.

7. El 22 de diciembre de 1994 se afilió a Colfondos S.A.
8. Al momento del traslado Colfondos no le informó a través de sus asesores, el derecho al consentimiento informado, las consecuencias negativas o positivas del traslado de régimen, especialmente en cuanto a los montos a que ascendería la pensión si continuaba en el RPM, frente a la que obtendría en el régimen de ahorro individual.
9. De acuerdo con el reconocimiento de la pensión de vejez efectuada por Colfondos el 4 de julio de 2017, obtendría una pensión igual al salario mínimo.
10. Colfondos S.A. no realizó el cobro de las semanas adeudadas por las empresas ECAD, ARAL LTDA y SEC INGENIROS.
11. El 23 de agosto y 2 de octubre de 2017 solicitó ante la AFP el cobro ante las entidades mencionadas.
12. Nació el 9 de agosto de 1954.
13. Sumadas las semanas adeudadas por las empresas ECAD, IGAC, ARAL LTDA y SEC Ingenieros, se obtiene un total faltante 108,84 semanas de cotización adeudadas.
14. Para el 1° de abril de 1994, tiene 681.91 semanas de cotización que sumadas a las 108.84 faltantes, arroja un total de 790.75.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia el 09 de febrero de 2018 (fº. 105 archivo 1) y el juez de conocimiento admitió el libelo introductorio con proveído del 27 de junio de la misma anualidad (fº. 121 archivo 1).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la calenda de afiliación del demandante a dicha AFP y su solicitud de adelantar el cobro a las empresas ECAD, ARAL LTDA y SEC INGENIEROS. Como fundamento de su defensa expuso que brindó a la promotora del proceso una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión de traslado de régimen, las diferencias entre el RAIS y el régimen de prima media, las ventajas y desventajas y el derecho

de rentabilidad que producen los aportes. Además, que no se cumple lo estipulado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. En otro punto, señaló que conforme a la historia laboral del demandante no se evidencia que las empresas EDAC, ARAL LTDA y SEC INGENIEROS hayan efectuado aportes a nombre del actor y que éstos se encuentren en mora, tardanza u omisión en la transferencia de aportes pensionales, razón por la cual, era materialmente imposible efectuar gestiones de cobro a quien no ha tenido obligaciones con el Sistema General de Pensiones. Formuló las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fº. 160 a 177 archivo 1).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Aceptó como ciertos los supuestos fácticos relacionados con la calenda de afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida y la mesada pensional que obtendría de haber permanecido en dicho régimen. Formuló las excepciones que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fº. 185 a 190 archivo 1).

En audiencia del 3 de abril de 2018 el Juez de conocimiento dispuso la vinculación como litisconsorte necesario a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien contestó la demanda dentro del término legal oponiéndose a las pretensiones en lo que a ella respecta y dijo no ser ciertos o no constarles los hechos del libelo introductor (fº. 278 a 294 archivo 1).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTISEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 27 de abril de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 14):

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante **GERMÁN GUTIERREZ CORREDOR** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones **COLFONDOS** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, teniendo en cuenta que las cosas deben volver a su estado inicial como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** a recibir por parte de **COLFONDOS** los saldos y la transferencia anteriormente citada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y contabilizar para todos los efectos legales las semanas cotizadas por el demandante incluyendo las semanas que corresponden al Instituto Geográfico Agustín Codazzi que existe mora en el pago de las cotizaciones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR al fondo de pensiones **COLFONDOS** a restituir a la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** los dineros pagados por concepto de redención y emisión del bono pensional tipo A modalidad 2 entregado a favor del aquí demandante, dinero que debe ser reintegrado a la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de **GERMÁN GUTIERREZ CORREDOR**, de conformidad con lo preceptuado en la Ley 797 de 2003, la cual deberá ser liquidada una vez sean retornados los aportes por parte de **COLFONDOS**, calculándose el Ingreso Base de Liquidación con el promedio de los diez últimos años de cotización o con toda la vida laboral aplicando el ingreso que sea más favorable al demandante, y contabilizando hasta la última semana de cotización razón por la cual deberá verificar si hay lugar al pago del retroactivo pensional.

SEXTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SÉPTIMO. ABSOLVER a **COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO. DESVINCULAR del presente asunto a la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

NOVENO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones **COLFONDOS**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).**”

Para llegar a dichas declaraciones, manifestó en apretada síntesis que el fondo de pensiones Colfondos no demostró la información brindada al demandante al momento del traslado de régimen. En cuanto a las semanas laboradas y no consignadas en la historia laboral, trajo a colación la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2009 radicado 36549, en la que se dijo que en estos casos es necesario que las partes acrediten que los aportes adeudados por falta de afiliación corresponden a una verdadera relación laboral, de ahí que las pruebas referentes a las certificaciones laborales suscritas por los empleadores no son suficientes para razonar la existencia de una relación de trabajo, pues no justifican probatoriamente la prestación del servicio como trabajador dependiente. Así mismo, no se probó la debida afiliación en este caso, por lo que estamos ante la omisión de la afiliación, circunstancia frente a la cual debió demandar a los dadores del empleo, por lo que no se pueden tener en cuenta los periodos indicados por el demandante.

Establecido lo anterior, encontró que el actor no cumple con los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, procediendo al estudio pensional de conformidad con la Ley 797 de 2003, punto en el que indicó que cumplió los 62 años de edad el 4 de agosto de 2016, momento para el cual contaba con 1.302,72 semanas de cotización, teniendo en cuenta los periodos en mora respecto del Instituto Geográfico Agustín Codazzi que corresponden al año 1996, las que debieron ser objeto de acciones de cobro por parte de la administradora de pensiones y por ende, deben ser tenidas en cuenta para todos los efectos legales, acreditándose los presupuestos del derecho pensional.

De otro lado, indicó que una vez recibidos los aportes por parte del fondo privado, Colpensiones deberá reconocer la pensión teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada del actor y verificar si tiene derecho al pago del retroactivo pensional.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, el demandante interpuso el recurso de apelación, tras aducir que las empresas EDAC, ARAL LTDA y SEC INGENIEROS no se hicieron presentes ni se vincularon al proceso porque no existen, y por ello, es imposible hacerlas partes dentro del mismo, además, el juez de primer grado no tuvo en cuenta los certificados de existencia y representación legal visibles a folios 195 a 203 del plenario, en los que consta que las referidas sociedades sí existieron pero se disolvieron, adicionalmente, con las certificaciones laborales allegadas se acredita que existió una relación laboral con las entidades mencionadas, en las que se detallan el tiempo laborado y las funciones desarrolladas, por ende, solicita se tengan en cuenta las mismas como válidas. De otro lado, solicitó el reconocimiento del retroactivo pensional, en atención a que el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 dice que la obligación de cotizar cesa al momento que el afiliado reúna los requisitos o cuando se pensione por invalidez o anticipadamente, advirtiéndose en la historia laboral, que la última cotización se efectuó en octubre de 2016. En oficio de 4 de julio de 2017 Colfondos informó que reunía los requisitos para la pensión de vejez, por ello procede el reconocimiento del retroactivo pensional. Adicionalmente, la juez no señaló la cuantía de la pensión para de esta manera calcular el retroactivo desde 2016. Finalmente, indicó que con los tiempos laborados certificados tiene derecho al régimen de transición, pues al 1° de abril acreditaría más de 750 semanas el requisito de la edad lo cumplió el 9 de agosto de 2014.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó escrito aduciendo que no procede la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen ante la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse de régimen, además, a dicha administradora le resulta jurídicamente imposible reconocer derechos violando la normatividad jurídica y en ese sentido solicitó se revoque la decisión de primera instancia.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

- i) ¿La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?
- ii) ¿Se deben incluir en la historia laboral del demandante los periodos laborados por éste en las empresas ECAD, ARA LTDA y SEC INGENIEROS?
- iii) ¿Procede el estudio y reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones? En caso afirmativo, desde qué fecha procede su reconocimiento.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos la parte demandante, al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta frente aquellos que afectan a Colpensiones.

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, efectuado por intermedio de Colfondos S.A., decisión que no que fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto.

1. De la declaratoria de la ineficacia del traslado y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con

prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

2. Plazo para el traslado de los dineros

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

3. De la mora en el pago de aportes y la omisión en la afiliación.

Para resolver el segundo problema jurídico planteado, se debe recordar que la jurisprudencia laboral ha señalado que las semanas en mora, cuando el empleador incumple con su obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones y la entidad de ejecutar las acciones de cobro, deben contabilizarse a favor del asegurado en concordancia con lo establecido en los artículos 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9° de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 1887 de 1994; lo cual se diferencia de la falta de afiliación, cuya consecuencia será la constitución y traslado de la reserva actuarial respectiva a satisfacción de la entidad administradora.

En sentencia CSJ SL4282-2022, la Corte recordó:

1. Diferencia entre falta de afiliación y la mora patronal y consecuencias para el trabajador.

La inconformidad del recurrente radica, en que el Tribunal tuviera en cuenta para reconocer la pensión de vejez a la demandante, las semanas cotizadas por el empleador PROESCO LTDA., en forma extemporánea, pues en su criterio, no se registró afiliación ni relación laboral, razón por la cual no pueden sumarse válidamente aquellas para el cómputo de semanas cotizadas, como tampoco, por cuanto esos pagos no son fruto de un cálculo actuarial.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación la sentencia CSJ SL1078-2021, en la que la Sala explicó la diferencia entre la falta de afiliación y la mora del empleador, así como las consecuencias de cada una, en la que se dijo en forma clara y categórica, lo siguiente:

Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra

muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación [...].

*Lo anterior significa, que debemos considerar la existencia de mora patronal, cuando previamente se ha verificado, **que además de existir una relación laboral entre la empresa o persona natural y el trabajador, el empleador ha cumplido con su deber de afiliar oportunamente a su servidor al sistema de seguridad social**, pero ha dejado de hacer el pago de los aportes al sistema general de pensiones, los que debía realizar a través de la respectiva administradora del fondo pensional al cual se vinculó al asalariado. En este evento, la consecuencia de la conducta omisiva del empleador no se traslada al afiliado, si no se acredita que el fondo pensional adelantó las gestiones de cobro correspondientes, lo cual conduce a que ese tiempo deba ser tenido en cuenta en el historial laboral por la administradora para efectos del reconocimiento del derecho pensional.*

*Ahora, cosa distinta es que se advierta la omisión en el deber de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones por parte del empleador, **lo que apareja su falta de ingreso al sistema**, ya que, en tal circunstancia, aquel debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, instrumento legal que refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y de cuyo traslado a la administradora pensional, por parte del empleador omiso, depende el reconocimiento de la prestación pensional. Tal circunstancia es la que estima el recurrente, se presentó en el caso bajo estudio, y que más adelante pasará a verificar la Sala. (Negrilla con el original).*

Acorde con la jurisprudencia, ante la omisión de la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, no es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado; así mismo, se ha explicado que es obligación del empleador pagar el cálculo actuarial, por los tiempos que omitió sufragar a satisfacción de la entidad de seguridad social, en aras de relevarlo del pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones, (CSJ

SL4103-2017, CSJ SL4698-2020, CSJ SL5058-2020, CSJ SL1740-2021, CSJ SL3609-2021). Ello, porque esa es la forma en que se equilibran las cargas entre los actores del sistema, contribuyendo en la conformación del derecho pensional, máxime que en estos casos las entidades administradoras no tuvieron la posibilidad de gestionar algún cobro porque desconocían la existencia del vínculo laboral, en tanto que, si éstas conocen la afiliación y no ejercitan las labores persuasivas, tal situación no puede ir en desmedro del trabajador, dando lugar, como se advirtió en precedencia, que se tengan por válidas las cotizaciones incumplidas.

El promotor del litigio pretende que se tengan en cuenta como semanas cotizadas, las servidas con los empleadores ECAD desde el 15 de enero de 1978 hasta el 30 de septiembre de 1978, ARAL LTDA entre el 17 de octubre de 1979 y el 22 de enero de 1980 y del 22 de febrero de 1980 al 09 de junio de 1980 y en SEC INGENIEROS desde el 15 de Julio de 1980 hasta el 16 de marzo de 1981.

Según el *Reporte de días acreditados* emitido por Colfondos que obra en el plenario (fº. 60 a 62 archivo 1), se echan de menos los periodos trabajados por los empleadores y periodos referidos. Contrario a ello, los tiempos que sí aparecen cotizados en el régimen de prima media con prestación definida, corresponden a los periodos comprendidos entre septiembre de 1974 y agosto de 1975 y de febrero de 1982 a diciembre de 1994 los cuales fueron cotizados en Cajanal con el empleador Instituto Geográfico Agustín Codazzi, según se colige del formulario de afiliación a Colfondos, en el que se indica que la demandante proviene de dicha entidad (fº. 78 archivo 1) y porque en la historia laboral de Colfondos se relaciona que los mismos tienen su origen en un bono pensional; sin que los periodos trabajados con las empresas privadas alegadas hayan sido objeto de afiliación y de aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales, toda vez que en el reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones la demandante aparece “*sin registro histórico*” (archivo 02)

Partiendo de lo anterior, aun cuando en el presente asunto reposan certificaciones laborales emitidas por ECAD, ARAL LTDA y SEC INGENIEROS (fº. 18 a 21 archivo 1), en los que consta que el accionante trabajó desde el 15 de enero hasta el 30 de septiembre de 1978, entre el 17 de octubre de 1979 y el 22 de enero de 1989 y del 22 de febrero al 9 de junio de 1980, así como entre el 15 de julio de 1980 y el 16 de marzo de 1981 respectivamente (fº. 90 a 94 archivo 1), lo cierto es que no se allegó al plenario prueba alguna de la afiliación al sistema de seguridad social en pensión en el régimen de prima media específicamente dentro de los periodos señalados y, por ende, no estamos frente a una mora del empleador sino ante la omisión de la afiliación.

En ese orden, es dable precisar que no basta con la acreditación de la existencia de un vínculo laboral, en la medida que, tratándose de mora patronal, debe existir la correspondiente afiliación al sistema de seguridad social en pensiones por parte del empleador, circunstancia que se itera, no fue demostrada por el promotor de esta actuación, en tanto que no se relaciona en el reporte de semanas cotizadas en pensiones de COLPENSIONES.

De tal suerte, que no es viable abordar el tema a partir de la mora del empleador en el pago de los aportes en pensiones sino lo que acontece es la falta de afiliación del trabajador, caso en el cual, la administradora de pensiones no tiene la obligación de efectuar el cobro coactivo ante la ausencia de vinculación al sistema del señor Gutiérrez Corredor, pues en este evento, correspondía al demandante llamar a juicio al empleador o a quien lo represente, a fin que efectúe el respectivo pago del cálculo actuarial, única forma para que pudiera ser tenido en cuenta el período referido en el conteo de las semanas cotizadas y si las sociedades omisas ya no existen en la vida jurídica como lo alega la recurrente, ello no puede perjudicar a la administradora de pensiones del fondo privado, quien nunca tuvo en su sistema de información la afiliación por los empleadores privados, aunado a lo anterior, ninguna de las pretensiones estaban dirigidas a la obtención del cálculo. Por consiguiente, se confirmará la decisión del a quo.

4. De la pensión de vejez

Procede la Sala a estudiar en consulta la orden impartida a Colpensiones relacionada con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, resultando claro que, ante la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen con el consecuente retorno del demandante al RPM, hay lugar a efectuar el estudio pensional en los términos solicitados en el libelo introductor.

Dicho lo anterior, corresponden determinar, conforme a los argumentos argüidos en el recurso de alzada, si la actora es beneficiaria del régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990.

De manera que, para ser acreedor de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la ley de seguridad social integral, en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se debe cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad -40 años para el caso del hombre- o el de tiempo de servicios cotizados -15 años de servicios o cotizaciones-.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el beneficio transicional estuviera vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo; estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia de la reforma constitucional (29 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse del mismo hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por la garantía de la transición contemplado en la pluricitada disposición normativa, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el

derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 29 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra probar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

Así pues, en el presente asunto, se puede establecer que el demandante, por haber nacido el 9 de agosto de 1954, al 1 de abril de 1994, tenía cumplidos 39 años, es decir que no cumple con el requisito de la edad, por lo que a fin de determinar si acreditó el tiempo cotizado exigido a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, resulta oportuno remitirnos al documento denominado *Reporte de días acreditados* emitido por Colfondos se obtienen las siguientes semanas:

EMPLEADOS	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS
IGAC	16/09/1974	17/09/1975	336	48
IGAC	08/02/1982	1-04-1994	4436	633.71
Total semanas al 1° de abril de 1994				681.71

Así pues, es posible establecer que a la fecha de entrada en vigencia el sistema general de pensiones, el promotor del proceso tampoco cumplió con los 15 años de servicios o de cotización en pensiones, por ende, resulta palmario que no es beneficiario del régimen de transición.

En ese orden, corresponde estudiar si le asiste el derecho al reconocimiento pensional conforme a la pensión de vejez de la Ley 797 de 2003, normativa que dispuso que hasta el 31 de diciembre de 2013, se conservaba la edad para acceder a la pensión en 60 años de edad para los hombres y 55 años para las mujeres, pero, a partir del 1° de enero de 2014, las edades para el reconocimiento de la pensión aumentaron a 62 y 57 años, respectivamente, y en cuanto a las semanas cotizadas o su equivalente en servicios, a partir del año 2005 se exigen 1050 semanas

aumentando cada año 25 semanas adicionales hasta llegar a las 1300 para el año 2015.

Así las cosas, con la prueba documental arrimada al proceso se encuentra acreditado que Germán Gutiérrez Corredor, cumplió los 62 años el 9 de agosto de 2016, por haber nacido el mismo día y mes del año 1954 según se desprende de su cédula de ciudadanía (fº. 59 archivo 1), fecha en la cual se exigían 1.300 semanas de cotización, sin embargo, según el *Reporte de días acreditados* emitido por Colfondos a corte del 30 de agosto de 2017 tenía 8.857 días cotizados, correspondiente a 1.265,28 semanas, *Reporte de días acreditados* (fº. 60 a 62 archivo 1). Igualmente, contabilizado por esta Sala los días cotizados se obtiene el siguiente número de semanas:

EMPLEADOS	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS
IGAC	16/09/1974	17/09/1975	382	48
IGAC	08/02/1982	16/04/1996	5781	825.85
No se relaciona	01/01/1999	31/01/1999	31	4.42
No se relaciona	01/06/2003	30/11/2003	185	26.42
No se relaciona	01/09/2006	30/09/2006	30	4.28
No se relaciona	01/01/2007	28/02/2007	58	8.28
No se relaciona	01/08/2007	30/11/2007	122	17.43
No se relaciona	01/01/2008	30/04/2009	485	69.28
No se relaciona	01/10/2009	31/12/2010	456	65.14
No se relaciona	01/02/2011	30/09/2014	1338	191.14
TOTAL SEMANAS COTIZADAS				1.266.85

Sin embargo, el *a quo* refirió que el actor tenía 1302.62 semanas de cotización al señalar: “para tal efecto, teniendo en cuenta las semanas en mora respecto al Instituto Geográfico Agustín Codazzi que corresponden al año 1996... lo anterior teniendo en cuenta que el fondo de pensiones debe efectuar el correspondiente acciones de cobro respecto de estas semanas en mora, razón por la cual pues las deben ser tenidas en cuenta para todos los efectos legales”.

No obstante lo afirmado por la juez de primera instancia, revisada de manera detallada el Reporte de días cotizados emitido por Colfondos, no se advierten los periodos en mora que se alude en la sentencia, pues lo que se relaciona son los periodos cotizados de septiembre de 1974 hasta agosto de 1975 y de febrero de 1982 hasta abril de 1996, lo que se ajusta a la “constancia de tiempo de servicio” proferida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi- IGAC, a través del cual certifica que el señor Gutiérrez Corredor laboró para dicha en los extremos indicados, desde el 16 de septiembre de 1974 al 18 de agosto de 1975 y del 8 de febrero de 1983 al 16 de abril de 1996, sin que de esta manera se advierta entonces periodos que no se hayan tenido en cuenta, y menos en el año 1996, pues se acredita claramente que en abril de esa anualidad finalizó la relación laboral, sumado a que el juez de primer grado no hace precisión respecto de los periodos que alude se constituyeron en mora por parte del empleador.

Aunado a todo lo anterior, no se puede perder de vista que en las pretensiones de la demanda tan sólo se persigue la recuperación del tiempo trabajado con el IGAC desde el 8 de febrero hasta el 3 de diciembre de 1978, periodo que no resta precisar, no es dable tenerlo en cuenta, toda vez que si bien obra certificación de la entidad a folio 92 del archivo 1, en la que dice que el señor Gutiérrez Corredor laboró los meses de noviembre y diciembre de 1978, lo fue en calidad de contratista y no se acredita su afiliación como independiente para los referidos ciclos, entendiéndose incluso como una omisión del propio convocante a juicio y no de la entidad contratante.

Ahora, en el *Reporte de días acreditados*, se relaciona el “*Detalle de Periodos Faltantes*”, de suerte que, si entendemos que el fallador de primer grado acudió a estos ciclos para incluir tiempos del año 1996 en el estudio pensional, para esta Sala no tiene procedencia alguna, pues no se entienden los mismos como periodos en mora, sino a aquellos no cotizados sin afiliación por parte del trabajador, esto, teniendo en cuenta que, se detallan entre otros, periodos de mayo de 1996 a enero de 1997, respecto de los cuales el IGAC no acreditó la prestación del servicio por

parte del actor, pues certificó la finalización del vínculo laboral hasta abril de 1996, y por ende, mal podría tenerse en cuenta periodos posteriores que no fueron trabajados o por lo menos no obra prueba de ello en el plenario y menos cuando no se solicitaron por el demandante en el libelo introductor, tampoco obra una afiliación al RPM para dichos periodos, y por ende, no deben ser tenidos en cuenta para determinar los presupuestos del derecho pensional suplicado, en tanto que, contrario a lo concluido por la juez de primera instancia, no corresponden a periodos en mora por parte del IGAC.

Finalmente, en cuanto a la documental que hace referencia la parte actora, correspondiente al oficio de 4 de julio de 2017, mediante el cual Colfondos le informó que reunía los requisitos para la pensión de vejez, se advierte que revisada la misma, en efecto, el fondo privado informó que con el saldo de su cuenta de ahorro individual cumplía con los requisitos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en caso de acogerse a la modalidad de retiro programado obtendría una pensión igual al salario mínimo legal mensual vigente que para esa anualidad ascendía a la suma de \$737.717 (fº. 83 a 85), no obstante, dicho documento lo que acredita es el cumplimiento de los requisitos pensionales en el RAIS el cual como es sabido depende solamente del capital ahorrado, distinto a los presupuestos que se deben acreditar en el régimen de prima media, que como se explicó requiere además de la edad del cumplimiento de unas semanas que no acreditaron en el plenario.

Bajo ese entendido el actor no cumple con los presupuestos legales para acceder al derecho pensional solicitado, toda vez que si bien acredita el requisito de la edad, se advierte conforme a los elementos probatorios obrantes en el expediente, que hasta el ciclo de septiembre de 2016 cuenta con un total de 1.265,29 semanas, inferiores a las 1.300 mínimas requeridas para la causación de la pensión de vejez suplicada, en consecuencia se revocará en este sentido la decisión de primera instancia, para en su lugar, absolver a Colpensiones de la prestación económica pretendida. En consecuencia, no hay lugar a estudiar los puntos de

apelación de la actora relacionados con el pago del retroactivo pensional debido a la ausencia de su reconocimiento.

5. Costas.

Dado el resultado desfavorable del recurso para la demandante, se le impondrá las costas de esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de conceder a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO. - REVOCAR el numeral quinto de sentencia de primera instancia en sede de consulta para en su lugar **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Exp. No. 026 2018 00063 01

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105035 2022 00073 011a
Demandante: José Leonardo Duarte González
Demandado: Columbia Coal Company S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

José Leonardo Duarte González, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a **COLUMBIA COAL COMPANY S.A.**, con el fin de que se declare nulo e ineficaz la terminación de su contrato de trabajo por parte del empleador por la vulneración del debido proceso y derecho de defensa. En consecuencia, solicita se eleve condena por *i)* reintegro a un puesto de trabajo en iguales o mejores condiciones a las que venía desempeñando sin solución de continuidad y *ii)* reconocimiento y pago de salarios, cesantías con sus intereses, prima de servicios y vacaciones desde la fecha de su despido hasta que se verifique su pago.

Subsidiariamente se declare que la terminación se constituyó en un despido injusto, junto con el reconocimiento de los daños y perjuicios y demás emolumentos legales y costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas, el actor en síntesis señaló que:

1. Entre él y la sociedad Columbia Coal Company S.A., se suscribió contrato de trabajo a término indefinido, el cual se terminó de manera unilateral por parte del empleador aduciendo justa causa especial el 3 de marzo de 2016.
2. La carta de despido tuvo como sustento la declaratoria de ilegalidad del paro de trabajadores promovido por la organización sindical “SINTRACOAL”, conforme al numeral 2 del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo.
3. El paro de los trabajadores se realizó en algunas minas de la compañía durante los días 16, 17, 18, 19, 21 al 26, 28 y 29 de julio de 2014, declarado ilegal por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 12 de febrero de 2015, confirmado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1728-2016, radicación No 70384 del 27 de enero de 2016.
4. No fue llamado previo al despido, a un proceso disciplinario breve y sumario, para establecer la individualización y el grado de su participación en el cese de actividades.
5. La convocada le realizó al señor Eider Ramos Rodallega, diligencia de descargos el 9 de abril de 2016, por los mismos hechos y le terminó el contrato 20 de abril de 2016.
6. En cumplimiento de un fallo de tutela, la sociedad demandada reintegro al trabajador Uriel Guzmán Becerra, quien había sido despedido el 3 de marzo de 2016, sin practicarle el debido proceso, por los mismos hechos del paro declarado ilegal.
7. Presentó junto a otros trabajadores carta a la empresa Columbia Coal Company S.A, recibida el día 28 de febrero de 2019, con el fin de interrumpir la prescripción.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 24 de febrero de 2022 (archivo 10), y la misma fue admitida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 2 de marzo de 2022 (archivo 11).

Columbia Coal Company S.A., fue notificada por conducta concluyente, y contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones contenidas en la misma. Con relación a los hechos admitió los relativos al cese de actividades calificado como ilegal. Como sustento de defensa sostuvo que en ejercicio legítimo de sus potestades decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo del Señor Duarte el 19 de marzo de 2016, cancelando la indemnización por despido, en consonancia con el Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Agregó que, el reintegro solo procede en los casos expresamente señalados en la ley y excepcionalmente en los desarrollados jurisprudencialmente por las altas cortes, previo cumplimiento de unos requisitos en específico, los cuales aún en gracia de discusión, en el caso que nos ocupa de ninguna manera se cumplen.

Propuso como excepciones las que denominó: prescripción, condiciones fácticas y legales que legitiman la finalización del contrato, terminación del contrato de trabajo en ejercicio de una facultad legítima, improcedencia del reintegro, enriquecimiento sin causa, inexistencia de la obligación, actuación conforme a derecho, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, innominada o genérica, prescripción de las demás pretensiones reclamadas y pago. (archivo 12)

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y CINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 2 de febrero de 2023, dispuso (archivo 22):

[...] PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Columbia Coal Company S.A., de las pretensiones invocadas por el demandante.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas denominadas terminación del contrato de trabajo en ejercicio de una facultad legítima, improcedencia del reintegro e inexistencia de la obligación, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$50.000 pesos, suma que se ordena incluir en la respectiva liquidación de costas.

CUARTO: En caso de no ser apelada CONSÚLTESE la presente decisión
[...]

Como sustento de su determinación, el *a quo* precisó que estaba demostrado en el plenario que la terminación de la relación laboral correspondió a una decisión unilateral y sin justa causa que se fundamentó en el artículo 64 del CST, sin que la carta de finalización del vínculo haya anunciado que la decisión correspondía a una eventual participación del actor en cese de actividades, por lo que, no le correspondía al empleador iniciar un proceso disciplinario a efectos de establecer tal circunstancia, pues, la determinación de la convocada fue exclusivamente por la facultad legal que le da la norma en cita, con el pago de la indemnización respectiva.

Precisó además que la decisión adoptada no vulnera los derechos del trabajador o del contenido de la Ley 319 de 1996, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, entre otros, en radicado 90.903, adicionalmente, en la providencia SL445 de 2018 en la que el órgano de cierre determinó que, la estabilidad en el empleo no implica un criterio de indisolubilidad sino de continuidad del mismo, si se cumplen las condiciones para ello, figura jurídica que tiene que ver con la expectativa cierta que tiene el empleado de conservar su puesto de trabajo, mientras suscitan las circunstancias que dieron origen y cumpla con sus obligaciones, empero, tal garantía tampoco es absoluta ni implica la prerrogativa indefinida de permanecer en un empleo en la medida que ello atentaría contra el principio de la autonomía, de la voluntad de las partes o de ambas para poner fin al vínculo contractual, por lo que conforme a los apartes enunciados, es claro que el empleador pueda hacer uso de la

facultad legal de terminar el contrato de trabajo sin justa causa, previo al pago de la indemnización respectiva.

Aunado lo anterior, señaló que no fue probado por el convocante a juicio, que hubiere participado en el cese de actividades cuya ilegalidad fue declarada en providencia el 27 de enero del 2016, ya que ninguno de los testigos lo ubicó en tal situación, ni fue parte de la acción judicial impetrada por el empleador, lo que impide determinar que la razón detrás de la terminación unilateral correspondió a la actividad sindical del trabajador.

De otro lado, y realizando una interpretación amplia de lo solicitado en el escrito de demanda, analizó adicionalmente si el actor es beneficiario de algún fuero que impidiera que la empleadora diera por terminada la relación laboral sin justa causa, y no observó alguno relacionado con el estado de salud del actor, tampoco se demuestra eventual calidad de pre presionado del demandante o que tuviese fuero circunstancial, y si bien se señala por los testigos Jessica Díaz y Elkin Velandia que el demandante pertenecía a la organización sindical conforme a los artículos 10 y 36 de los Decretos Reglamentarios 1373 del 66 y 1469 del 78, no se demostró que hubiera un conflicto colectivo vigente al momento de la terminación de la relación laboral, ya que sólo se aportó la decisión del 27 de enero de 2016 que declaró la ilegalidad del cese de actividades.

5. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta que se aprenderá el conocimiento del trámite en el grado jurisdiccional de consulta, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos; *i)* si la finalización del contrato de trabajo del señor José Leonardo Duarte González es nulo o ineficaz por la vulneración del derecho al debido proceso y de defensa y, en consecuencia si hay lugar al reintegro con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de cancelar y de manera subsidiaria, *ii)* si se configuró un despido injusto con el consecuente pago de las indemnizaciones reclamadas.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes presentó alegaciones.

II. CONSIDERACIONES

1. De la existencia de la relación laboral

Se encuentra demostrado en el proceso y no fue objeto de controversia que: entre el demandante y la sociedad Columbia Coal Company S.A, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de mayo de 2005 hasta el 19 de marzo de 2016 finalizado por decisión unilateral del empleador, según se colige del contrato de trabajo y la carta de terminación (fº. 1, 2 y 44 archivo 13).

2. De la ilegalidad del despido y despido sin justa causa.

La parte demandante manifiesta que el empleador vulneró el debido proceso y derecho de defensa al momento de finiquitar el vínculo contractual, toda vez que no se adelantó proceso disciplinario que estableciera la individualización y grado de participación en el cese de actividades declarado ilegal, sin que se acreditara la justa causa del despido.

La convalidada al proceso, aseguró que en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 64 del CST terminó unilateralmente el contrato con el actor, reconociendo la respectiva indemnización por despido injusto.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda tras considerar que en el presente caso la finalización del contrato obedeció a un despido sin justa causa y, por ende, el empleador no debía iniciar ninguna acción previo a su decisión.

Así las cosas, con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala empezará en recordar que el despido se rige por las causales determinadas en las disposiciones jurídicas laborales y tienen por finalidad garantizar su legalidad, así como por algunas formalidades que regulan su proceso como tal, es decir, aquellas que mediatizan la decisión y protegen al trabajador contra posibles usos arbitrarios del poder empresarial y que configuran el debido proceso, pues las consecuencias o efectos jurídicos de un despido ilegal o arbitrario no son las mismas que la del uno legal pero injusto toda vez que, aquel mencionado de manera inicial se genera por la existencia de vulneración legal de la desvinculación o en su forma de realizarlo, mientras que el segundo, es la potestad que tiene el empleador para extinguir o finiquitar definitivamente la relación laboral. Y la consecuencia entre una y otra son diferentes, dado que la primera (despido ilegal) conllevan al reintegro del trabajador, es decir, declarar la ineficacia del mismo, mientras que el escenario restante da lugar al reconocimiento monetario como resarcimiento de perjuicios en favor del trabajador, denominado indemnización.

Sobre este tópico, no sobra precisar que cuando la terminación del vínculo laboral se invoca una justa causa no se requiere agotar un determinado procedimiento previo, a menos que el empleador así lo tenga estipulado, en el contrato de trabajo, convención colectiva de trabajo, pacto colectivo, laudo o reglamento, así fue expuesto en sentencias, CSJ SL1189-2015, CSJ SL, 15 febrero 2011, radicado 39394, CSJ SL15245-2014, CSJ SL10255-2017 SL670-2018, SL411-2019 y más recientemente, en sentencia SL3063 del 2023 del 05 de diciembre de 2023, la corte reitero.

Es preciso definir que las empresas no están obligadas a iniciar un proceso disciplinario en los casos de terminación de la relación laboral con justa causa, toda vez que el despido no se constituye como una sanción para el trabajador. Lo dicho, sin perjuicio de que las partes hayan decidido hacerlo voluntariamente a través del contrato trabajo o de una convención colectiva.

Así lo ha reconocido de forma pacífica y reiterada esta Corte, por ejemplo, en sentencia CSJ SL496-2021:

Pues bien, sea lo primero señalar que es un tema pacífico la regla que tiene la Corporación en relación con que el despido no tiene carácter sancionatorio, de tal manera que, para adoptar una decisión de tal índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal a) del

artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Ver en este sentido, entre otras, las sentencias CSJ SL1524 -2014, CSJ SL 3691-2016 CSJ SL 1981-2019, reiterada en CSJ SL 2351-2020.

En relación con lo anterior, la Corporación ha sido enfática en sostener que el despido no es una sanción disciplinaria y, por consiguiente, para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de la misma, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como, por ejemplo, en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo. (CSJ SL 2351-2020).

Ahora, según el libelo introductorio, en el caso concreto el promotor de la lis fue despedido por su participación en la huelga declarada ilegal por autoridad judicial competente, en violación al debido proceso.

Conforme a lo expuesto, la Sala se remite a la carta de terminación del contrato de trabajo (f. 44 archivo 13):

De acuerdo con la facultad que nos confiere el Artículo 28 de la Ley 789 de 2002, le notificamos que hemos decidido dar por terminado su contrato de trabajo de forma unilateral, a partir de la fecha, esto es, 19 de Marzo de 2016, desde luego reconociéndole la indemnización a la que legalmente tiene derecho.

Le agradecemos los servicios prestados por usted y le deseamos muchos éxitos en el futuro.

Como consecuencia de lo anterior, le informo que el valor de la liquidación de sus prestaciones sociales le será cancelado una vez se cumpla el trámite contable pertinente, igualmente se le entregarán los paz y salvos de seguridad social y parafiscalidad de los últimos tres meses. Debe acercarse al Departamento de Recursos Humanos para recibir la remisión a su examen médico de retiro, que debe practicarse dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la orden.

Igualmente, obra en el plenario comprobante de liquidación definitiva de Columbia Coal Company S.A., suscrita por el demandante por motivo de despido injustificado con pago de indemnización en la suma de \$15'343.604. (f. 47 archivo 69)

Claudia Isabel Marín, representante legal de Columbia Coal Company S.A. señaló que no adelantó proceso disciplinario en contra del demandante porque el motivo de su terminación fue indemnización sin justa causa.

El señor **José Leonardo Duarte** a la hora de absolver el interrogatorio aceptó que le fue entregada una liquidación de prestaciones sociales de manera escrita en la que se encontraba denominado un ítem denominado

indemnización, valor que le fue pagado. Que la empresa no lo llamó a descargos y simplemente le dijeron que habían desistido de sus servicios.

La testigo **Jessica Díaz Muñoz** empleada de la sociedad accionada desde el año 2011, actualmente ingeniera ambiental, señaló que el actor también trabajaba en dicha entidad, y conoce que la terminación de su contrato fue por decisión unilateral; que durante todos estos años la empresa ha efectuado estas finalizaciones cuando, por ejemplo, hay bajas en la producción, cuando el mercado se cae y hay que hacer recorte de personal, o simplemente ya no se requiere personal. En caso que los trabajadores participen en cese de actividades se tiene un procedimiento diferente.

El deponente **Elkin Alfredo Velandia Vargas**, Supervisor de Seguridad minera, vinculado actualmente con la Sociedad Columbia Coal Company S.A., señaló que el demandante fue desvinculado sin justa causa. Hubo un cese de actividades en la mina de la compañía y a los trabajadores que participaron en el mismo le terminaron el vínculo con justa causa.

Conforme a los anteriores elementos probatorios, refule cristalino y contrario a lo afirmado por el promotor del litigio, que el empleador no finalizó el contrato de trabajo por la justa causa legal de su participación en el cese de actividades adelantado por los trabajadores de la empresa y, por el contrario, su decisión corresponde a una decisión unilateral con el reconocimiento de la indemnización a la cual tiene derecho, es decir, que en el caso *sub examine*, el dador del empleo en uso de su autonomía contractual, tomó la determinación discrecional de finalizar el contrato, y bajo ese entendido no puede hablarse de una ilegalidad del despido por el incumplimiento de un trámite disciplinario frente a una causal que no fue invocada por la sociedad demandada.

Al punto, valga rememorar lo expuesto por nuestro órgano de cierre al señalar que el despido injusto no contempla el reintegro o la readmisión en el empleo, pues con ella se incluye la posibilidad de indemnizar al trabajador por dicha causa como lo contempla el artículo 64 del CST, como reparación a los daños causados a patrimonio del trabajador, indicando al tenor literal que (SL1181-2021):

“...en últimas, la cuestionada norma pretende es la incorporación de mecanismos para salvaguardar la estabilidad en las legislaciones internas. Así, en providencia CSL SL4457-2018 reiterando a CSJ SL3424-2018, se dijo:

(...)

En dicha perspectiva, la Corporación reitera que todo empleador tiene la facultad de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa, dentro de los límites que ese actuar discrecional encuentra en el ordenamiento jurídico (CSJ SL, 4 ag. 1992, rad. 5127).

Es decir, contrario a lo que aduce la censura, la estabilidad en el empleo no implica un criterio de indisolubilidad del vínculo laboral, sino de continuidad del mismo si se cumplen las condiciones para ello. Dicho de otro modo, dicha figura jurídica tiene ver con la expectativa cierta que tiene el empleado de conservar su puesto de trabajo mientras subsistan las circunstancias que le dieron origen y cumpla con sus obligaciones. Empero, tal garantía tampoco es absoluta ni implica la prerrogativa indefinida de permanecer en un empleo (CC C-1341-2000), en la medida que ello atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad de una de las partes o de ambas, para poner fin al vínculo contractual.

Finalmente, no resta precisar que la Corte Constitucional en sentencia T-317 de 2020 ha enseñado que *“La facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin alegar una justa causa debe respetar el principio de igualdad y, por consiguiente, no puede avalarse su uso cuando configura un abuso del derecho”*, no obstante, lo anterior, este no fue el punto neurálgico de las pretensiones, en tanto que, no se expuso ni fue materia de debate que el empleador se valiera de la figura del despido injusto con el único fin de conculcar los derechos fundamentales del actor, y por el contrario, lo afirmado y debatido en el proceso apuntó a la causa legal del despido alegado en el escrito incoatorio, que como se vio nunca fue invocada por la convocada a juicio.

En este orden, al encontrarse lucidamente acreditado la terminación del contrato en los términos del artículo 64 del CST con el correspondiente pago de la indemnización por despido injusto, resulta al traste con la absolución de las súplicas de la demanda, por cuanto no había lugar a demostrar una causa legal del despido y, en segundo lugar, acreditó el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

COSTAS.

Al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta no hay lugar a fulminar condena por este concepto en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia consultada proferida el 2 de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. - Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifiquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105011 2021 00028 01
Demandante: Julio César Orozco Guzmán
Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones y Administradora de Fondos de
Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Reconocer personería para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. Juan Pablo Melo Zapata identificado con C.C. No. 1030551950 y T.P. No. 268.106 del C. S. J., conforme al memorial de sustitución obrante en el plenario. (carpeta 2 archivo 4)

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Julio César Orozco Guzmán**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y

Exp. No. 011 2021 00028 01

Cesantías Protección S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (archivo 05):

“1. Declarar la **INEFICACIA** del acto de afiliación ilegalmente registrado, por medio del cual se trasladó a mi mandante **SIN EL LLENO DE LOS REQUISITOS LEGALES y SIN CONSENTIMIENTO INFORMADO** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que en su momento administraba el ISS hoy la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, atendiendo la **FALTA DE REQUISITOS LEGALES** bajo el cual se suscribió el formulario de afiliación y se trasladó la demandante al RAIS.

2. Declarar para todos los efectos legales, que mi mandante nunca estuvo afiliado al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad que administra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

3. Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación de mi mandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se declare vigente y sin solución de continuidad su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

4. Como consecuencia de lo anterior, se declare que mi mandante debe quedar inscrito en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

5. Que se condene a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, el valor de los dineros por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos financieros que se hubieren causado y cuotas de administración, debidamente indexados y que reposan en la Cuenta de Ahorro Individual del cotizante **JULIO CESAR OROZCO GUZMÁN** identificado con C.C. No. 19.441.016 de Bogotá, sin que se realice descuento alguno por concepto de gastos de seguro de invalidez y sobrevivencia o de deterioros sufridos por el bien administrado, como son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez o cualquier otro concepto.

6. Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a aceptar el traslado de Régimen Pensional de mi mandante que fue radicado formalmente en esa administradora el día veintiséis (26) octubre de 2020, procediendo entonces a inscribir al peticionario en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra esta entidad.

7. Que se condene a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, el valor de los dineros que fueron cobrados a la cotizante **JULIO CESAR OROZCO GUZMÁN** identificado con C.C. No. 19.441.016 de Bogotá, por concepto gastos de administración, debidamente indexados.

Exp. No. 011 2021 00028 01

8. Que se condene a las demandadas al pago de las agencias en derecho y a las costas del presente proceso.

9. Sirvase señor Juez fallar Ultra y Extra Petita las pretensiones de esta demanda.”

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 15 de mayo de 1961.
2. Se afilió al entonces Instituto De Seguros Sociales – ISS hoy Colpensiones, el día 12 de agosto de 1986 y realizó aportes en pensión hasta el 26 de julio de 1994.
3. El 27 de julio de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando fue abordado en su sitio de trabajo por un asesor comercial de la AFP Colmena hoy Protección S.A., quien la invitó a trasladarse al nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad.
4. El asesor de la AFP Colmena no suministró información suficiente, mínima y necesaria, que le permitiera, a través de elementos de juicio claros y objetivos, la toma de una decisión objetiva que ajustara mejor a sus intereses.
5. El fondo privado no le dio a conocer las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco suministró información suficiente, amplia completa y comprensible, correspondiente al nuevo régimen de ahorro individual.
6. No le efectuaron una comparación de regímenes pensionales, ni indicaron sus ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas de su traslado y nunca proporcionó información relevante que le permitiera escoger la opción más favorable a su situación pensional.
7. El 8 de octubre de 2020 Protección S.A. realizó una simulación pensional, en el que indica que una mesada de \$1'477.000 a la edad de 62 años.
8. Conforme a la proyección realizada en el RPM para el 15 de mayo de 2023 arroja un valor de \$5'103.805.
9. El fondo privado le ocasionó un perjuicio, representado en la diferencia existente entre el valor de la pensión que pudo haber

reconocido en el RPM, y el que le reconocería en el régimen de ahorro individual.

10. El 26 de octubre de 2020, solicitó ante Colpensiones, el traslado de régimen a esa administradora con respuesta negativa de la misma calenda.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 28 de enero de 2021 (archivo 2) y fue admitido el libelo introductorio luego de su subsanación con proveído del 20 de septiembre de la misma anualidad (archivo 7). Las demandadas y la Agencia Nacional Jurídica del Estado se notificaron en legal forma (archivos 9,12 y 13).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación en forma oportuna, oponiéndose a las súplicas; en cuanto a los hechos aceptó la calenda del natalicio del actor, el periodo de afiliación en el Instituto de Seguros Sociales y la solicitud de traslado de régimen con respuesta negativa. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, 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 (archivo 14).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Como motivos de defensa expuso que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario de afiliación suscrito por la demandante en el año 1998, se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y

obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la parte demandante. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y porque afecta derechos de terceros de buena fe (archivo 17).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 06 de septiembre de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 23):

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado el día veintisiete (27) de julio de 1994 por el señor JULIO CESAR OROZCO GUZMÁN, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. Así como sus posteriores traslados horizontales realizados en el año 2000 y 2012.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias descontadas con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y eventualmente en caso de haberse realizado, el pago de primas de reaseguros de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante JULIO CESAR OROZCO GUZMÁN al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la sociedad PROTECCIÓN S.A. incluyendo como agencias en derecho en esta instancia en favor del demandante la suma de 2 SMLMV.

SEXTO: *CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.*

Para arribar a tal conclusión, precisó, que en este tipo de procesos no se evalúan la existencia los vicios de error, fuerza o dolo del acto jurídico, sino que simplemente se verifica el cumplimiento o no del deber de información que tenían las AFP desde su creación, en lo que tienen que ver con la asesoría, y se verifica la existencia o no de un consentimiento informado de esa afiliación, pues no se trata de una nulidad del acto jurídico, así, luego de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, concluyó que de las pruebas del proceso que no se advierte que el fondo privado hubiera suministrado la información clara y completa para materializar el traslado de régimen.

5. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y la S.S, la sentencia se analizará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que afecta a Colpensiones, como quiera que no fue objeto de apelación por ninguna de las partes.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado para alegatos, Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primera instancia teniendo en cuenta la prohibición legal en la que se encuentra inmersa la actora para efectuar el traslado de régimen y no se demostró ningún vicio del consentimiento al momento de la afiliación de la accionante al RAIS.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Los problemas jurídicos que ocupa la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

- i) En virtud de la ineficacia del traslado, ¿la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima, deben ser ordenados con la respectiva indexación?
- ii) ¿La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 69 del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos que afectan a Colpensiones.

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, efectuado por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones al momento de sustentar el recurso de apelación, mostrándose conforme al respecto.

1. De la indexación sobre la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima.

Si bien el juzgador de primer grado ordenó la devolución de los mencionados conceptos, considera la Sala que se debe ordenar la indexación, para lo cual, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, procede la indexación de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima y en ese sentido se adicionará la sentencia objeto de consulta.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Como se expuso, el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta

la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta no hay lugar a fulminar condena por este concepto en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

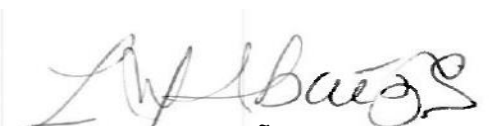
PRIMERO. - ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2023, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ordenar** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a pagar debidamente indexada los conceptos de gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO. - ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de conceder a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás.

CUARTO. - Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

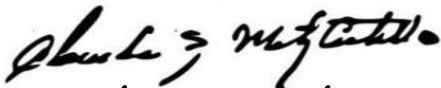


LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Exp. No. 011 2021 00028 01


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105024 2018 00004 01
Demandante: Adalcy Janneth Ortega Aparicio
Demandado: Sodexo S.A.S.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Adalcy Janneth Ortega Aparicio, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a Sodexo S.A.S. con el fin que se declare la existencia de un contrato a término fijo desde el 25 de febrero de 2013 y se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando al momento del despido, al encontrarse amparada por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En consecuencia, solicita se eleve condena por *i)* el pago de los salarios; *ii)* cesantías e intereses a las mismas; *iii)* prima de servicios; *iv)* aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensión y arl, *v)* al pago de la indemnización de los 180 días prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, *vi)* indexación; *v)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas, la actora en síntesis señaló que:

1. Ingresó a laborar a favor de la sociedad demandada a partir del 25 de febrero de 2013, a través de un contrato a término fijo de un año, el cual se renovó automáticamente.
2. Desempeñó el cargo de auxiliar de servicios generales y tuvo como lugar de prestación del servicio en los almacenes éxitos dentro del área de Bogotá D.C.
3. Dentro de sus funciones tenía las de barrer, trapear, mopear, brillar, limpieza de oficinas, ventanas, recoger basura, lavar baños.
4. En la ejecución de sus funciones desarrolló las patologías de síndrome de túnel carpiano bilateral, tendinitis de extensores bilateral, lesión de manguito rotador.
4. El 18 de noviembre de 2015, la empleadora la envió a un examen ocupacional periódico, con resultado del examen musculo esquelético (temporal), el cual se puede agravar con inadecuada manipulación de carga sobre esfuerzos, movimientos repetitivos en manos y muñecas.
5. El 29 de mayo de 2015, la EPS Cruz Blanca expidió las recomendaciones laborales.
6. El 9 de diciembre de 2015, la EPS Cruz Blanca emitió nuevamente sugerencias en la ejecución de su labor, entre ellas evitar manipular cargas desde el suelo y por encima del nivel del hombro, disminuir las actividades que requiera agarres precisos, o fuerza prologada entre otros.
7. El 21 de diciembre de 2015, la ARL SURA realizó un estudio al puesto de trabajo.
8. El 15 de mayo de 2016, la EPS Cruz Blanca prorrogó las recomendaciones laborales iniciales y agregó otras.
9. La empleadora nunca la envió al médico de salud y medicina de trabajo, para que verificara las actividades que podía realizar, ya que una vez vencidas las recomendaciones de la EPS, era su obligación hacerlo a través del sistema de seguridad y salud en el trabajo.
10. El 15 de noviembre de 2016, el médico tratante le informó que está en trámite de calificación de origen y a la fecha no se ha emitido dictamen.

11. El 5 de enero de 2017, SODEXO envió a la actora a un examen médico ocupacional con resultado de vigencia de las restricciones.

12. El 31 de julio de 2017, la encartada da por terminado el contrato, argumentando que se había terminado el contrato con la cadena de supermercados Éxito.

13. Instauró acción de tutela, la cual correspondió al Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión de la Localidad de Ciudad Bolívar, autoridad que, mediante providencia de 22 de agosto de 2017, ordenó su reintegro provisional al cargo que venía desempeñando, orden que se cumplió el 28 de ese mismo mes y año.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 19 de diciembre de 2017 (f.º 158 archivo 1), y la misma fue inadmitida a través de auto de 2 de marzo de 2018, (f.º 159 ibidem) y una vez subsanados los yerros advertidos, fue admitida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 11 de abril de 2018 (f.º 164, ibidem), que fue notificado personalmente el 24 de julio de ese mismo mes y año. (f.º 186, ibidem)

SODEXO S.A.S, contestó la demanda dentro del término legal y se opuso a las pretensiones contenidas en la misma. Frente a los hechos aceptó la existencia de la relación laboral mediante un contrato de trabajo a término fijo, el cargo desempeñado y la terminación del vínculo por vencimiento del plazo. Como sustento de su defensa, en síntesis, señaló que, no hubo un despido, pues la terminación sobrevino por la no renovación del contrato, cuya notificación se llevó a cabo dentro del término legal previsto para ello; así como que a la finalización del mismo no se encontraba amparado por fuero alguno, pues no se acreditó la condición de persona en discapacidad, en tanto que de la historia clínica arrimada no se puede establecer desde cuando sufre sus padecimientos. Propuso como excepciones las que denominó, prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe de parte de la demandada. (f.º s 187 a 200, archivo 1)

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 10 de abril de 2023, dispuso (archivo 17 del expediente digital):

[...] **PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandante señora ADALCY JANNETH ORTEGA APARICIO en calidad de trabajadora y la sociedad SODEXO S.A.S., existió un contrato a término fijo vigente entre el 23 febrero de 2013 y el 31 de julio de 2017, en virtud del cual desempeñó el cargo de AUXILIAR DE OFICIO VARIOS devengando como último salario la SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CON TREINTA PESOS (\$746.000); de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR ineficaz la terminación del contrato efectuado por la demandada SODEXO S.A.S., el 31 de julio de 2017 a la demandante señora ADALCY JANNETH ORTEGA APARICIO y en consecuencia el Despacho ordena el reintegro efectuado por la encartada el pasado 28 de agosto de 2017 efectiva a partir de 1° de septiembre de esa misma anualidad, no sin antes advertir que la restitución al puesto de trabajo corresponde a partir de 1° de agosto de 2017, razón por la que se condenará a la demandada a que en caso de que no haya reconocido los derechos laborales que surgieron desde la fecha de reinstalación cause a partir de esta última fecha, proceda a cancelarlos, conforme las consideraciones antes anotadas.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad demandada SODEXO S.A.S., a reconocer y pagar de manera indexada a favor de la demandante señora ADALCY JANNETH ORTEGA APARICIO la suma de \$4.476.180 por concepto de sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ABSOLVER a la sociedad SODEXO S.A.S., de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora ADALCY JANNETH ORTEGA APARICIO de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de los medios exceptivos invocados por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEXTO. - CONDENAR EN COSTAS en la instancia a cargo de la parte demandada, y a favor de la parte demandante. Liquidense por secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS \$500. 000.00 M/CTE.

[...]

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, la *A quo* inició por dar por ciertos los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, los extremos temporales, el salario devengado y la terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado. De igual forma que la demandada el 28 de agosto de 2017, hizo efectivo el reintegro a partir del 1° de septiembre del mismo año, que fuera ordenado por un Juez Constitucional.

Frente a la estabilidad por salud, manifestó que ninguna persona en situación de discapacidad puede ser despedida o su contrato terminado a razón de la mismas a menos que media autorización por parte de la oficina de trabajo, conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para lo cual, utilizó como soporte jurisprudencial la sentencia SL 2586-2020.

Explicó, que de acuerdo al dossier probatorio recaudado se evidenció que la actora a la fecha de despido acreditó su situación de discapacidad a través de certificados y recomendaciones médicas, informe del estudio de trabajo, expedidas por la E.P. S., historia clínica, constancia médico ocupacional y dictamen de PCL del 35.16% con fecha de estructuración del 18 febrero de 2020. Estimó, que se probó una mengua en su salud relevante durante la vigencia del contrato de trabajo que no le permitió hacer sus labores en condiciones normales.

Agregó, que se demostró que la sociedad demandada conocía de la situación médica de la actora, de ahí que, la pasiva no podría finalizar el contrato de trabajo sin permiso de la autoridad administrativa al tratarse de una trabajadora que se le diagnosticó una enfermedad de origen laboral durante el vínculo con la encartada y que no le permitía desarrollar con normalidad sus labores.

5. APELACIÓN

La demandada Sodexo S.A.S. en reorganización recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que si bien es cierto conocía de los padecimientos de salud de la demandante también lo es que los mismos

únicamente se dieron por espacios cortos y anteriores a la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo pactado.

Insistió en que para el 31 de julio de 2017, no se encontraba incapacitada ni con recomendaciones vigentes, que al momento en que se le comunicó de la no renovación del vínculo no informó de ello, pues conocía que muchos de sus compañeros en condiciones similares fueron reubicados. Agregó, que no estaba obligada a solicitar permiso ante la oficina de trabajo, pues la actora no era un sujeto de especial protección por sus condiciones físicas, aunado comenzó acudir reiteradamente a la EPS con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. la parte demandante solicitó confirmar la decisión condenatoria de primera instancia

Por su parte, la demandada se ratificó en los argumentos argüidos al momento de sustentar el recurso.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, corresponde a la Sala en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPT y de la SS ; *i*) si Adalcy Janneth Ortega Aparicio al momento de la finalización del contrato -31 de julio de 2017- gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, y en consecuencia, le asiste derecho al reintegro y demás pretensiones derivadas de dicha garantía, como lo determinó la *a quo*; o si por el contrario la demandante no era objeto de las garantías de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 66 del CPT y SS.

1. De la existencia de la relación laboral

No fue objeto de controversia que: *i)* entre la demandante y SODEXO S.A.S, existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual inició el 25 de febrero de 2013 y se extendió hasta el 31 de julio de 2017 para desempeñar el cargo de Auxiliar Oficios Varios y Limpieza Grandes Superficies, siendo su último salario la suma de \$746.000, el cual se prorrogó de manera sucesivamente hasta el año 2017, último en mención que el empleador dio por finalizado por vencimiento del término, para lo cual remitió preaviso el 23 de marzo de 2017. Hechos estos que fueron aceptados por el demandado al contestar la demanda y se corroboran con los medios de convicción allegados al plenario, tales como el contrato de trabajo, el preaviso de no prórroga del mismo y liquidación de acreencias laborales (f°s 98 a 100 archivo 01).

También es un hecho cierto, que la actora fue reintegrada a su cargo por orden del Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión de Bogotá – Localidades de Ciudad Bolívar y Tunjuelito, a partir del 1 de septiembre de 2017, conforme al acta de reintegro suscrita el 28 de agosto del mismo año (f° 101 archivo 01).

2. De la estabilidad Laboral reforzada

Como se expuso, el actor señaló que tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada en razón a que afirma que en desarrollo del contrato de trabajo que sostuvo con la convocada desarrolló las patologías de síndrome de túnel carpiano bilateral, tendinitis de extensores bilateral, lesión de manguito rotador, de las cuales conoció el accionado y por las que recibió diferentes tratamientos y control, le fueron otorgadas, recomendaciones médicas y le fue valorada en procura de establecer su origen, situación que se encontraba aún vigente al momento de la finalización del mismo y se mantuvo con posterioridad al finiquito del mismo, por lo que se debe ordenar su reintegro.

El convocado negó que el fenecimiento del vínculo hubiera acaecido por los quebrantos de salud del demandante, en tanto, refirió que la terminación sobrevino por la expiración del plazo pactado, siendo además que para la

data en la que se adoptó la determinación de no continuar con el contrato, no había recomendación o condición que le imposibilitara proceder de la forma en que lo hizo., conforme lo cual, no le resultaba obligatorio solicitar el permiso ante el Ministerio de Trabajo.

El *a quo* para resolver el problema jurídico planteado, estimó que, en el asunto objeto de estudio se acreditó la discapacidad relevante que padeció la demandante en vigencia de la relación laboral que sostuvo con la accionada, limitación que aquella conocía al momento de la terminación de contrato el 31 de julio 2017, determinación que adoptó sin la autorización del Ministerio de Trabajo, escenario en el cual, operó la presunción de que el finiquito del vínculo se estructuró con ocasión al estado de salud de la trabajadora, como medida discriminatoria correspondiéndosele a la parte demandada desvirtuar la misma, lo que aconteció, pues si bien es cierto, la relación laboral que tenía la demandante con la convocada expiró por el vencimiento del plazo fijo pactado, resultaba necesario demostrar también la extinción de las causas que le dieron origen al contrato.

En aras de resolver las bifurcaciones planteadas, se tendrá en cuenta lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006, que a la letra señala:

“Artículo 1: El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por otro lado, la misma norma convencional, en su artículo 27, preceptúa:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para

las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

- a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;*
 - b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;*
 - c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;*
 - d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;*
 - e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; -23-*
 - f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;*
 - g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;*
 - h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;*
 - i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;*
 - j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;*
 - k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.*
- 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.”*

Esta convención fue aprobada mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, donde el Estado Colombiano se comprometió a promover y proteger los derechos fundamentales de las personas que tuviesen una discapacidad y para ello, debía adelantar las gestiones legislativas y administrativas

idóneas.

De acuerdo a la responsabilidad contraída, se emitió la Ley 1618 del 27 de febrero de 2013, por medio del cual se establecen disposiciones para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad, y dispuso:

“Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Inclusión social: Es un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.

3. Acciones afirmativas: Políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan.

4. Acceso y accesibilidad: Condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, con el fin de asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales. Las ayudas técnicas se harán con tecnología apropiada teniendo en cuenta estatura, tamaño, peso y necesidad de la persona.

5. Barreras: Cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:

- **a) Actitudinales:** Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

- **b) Comunicativas:** Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

-

c) Físicas: *Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.” (Resaltado de la Sala)*

A su turno, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:

“(...) En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Dicho precepto fue declarado exequible de manera condicionada en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia hito SL1154 de 2023 destacó dos aspectos importantes, a saber; en primer lugar, que este instrumento internacional es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; en segundo lugar, que “la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7. ° del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año”. Y con relación al alcance de la citada disposición normativa a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, indicó que la protección de

estabilidad laboral reforzada se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

“a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.”

Y con respecto a la existencia de las barreras, enfatizó que el trabajador tiene derecho a que las mismas luego de conocidas por el empleador, sean *“mitigadas por el empleador, mediante los ajustes razonables”*. Y señala como ajustes razonables *“una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.*

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador”

En ese sentido, al momento de evaluarse la situación de discapacidad y garantizar la estabilidad laboral reforzada, es imprescindible que queden probados tres elementos;

“(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

“Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables...”

Siendo relevante anotar que, los criterios utilizados para definir y configurar la discapacidad y la protección por estabilidad laboral, por fuero de salud, parafraseando lo expuesto por el órgano de cierre, consisten en, encontrar acreditada una limitación o deficiencia física, psíquica o sensorial a mediano y largo plazo, que impida al trabajador interactuar, no solo en su entorno laboral, sino social, entendiendo ello, como los obstáculos que pueden presentarse respecto a las demás personas, en el campo actitudinal, comunicativo o físico, siendo estas barreras, la forma en cómo se puede impedir el acceso a espacios, objetos, servicios, información, consulta y adquisición de conocimiento.

Como medios de convicción se recepcionó la declaración de **Yudy Mayerly Aroca Sotelo** (00:10:41 a 00:50:19, archivo 06), que conoce a la demandante cuando trabajaban en almacenes Éxito y prestaba el servicio de limpieza, esto es, barrer, trapear, lavar baños, y de hecho actualmente trabaja en una de las operaciones que están a su cargo; puso de presente que se desvinculó de la convocada el 17 de mayo de 2017 y la relación comercial con el Éxito cesó el 31 de julio de esa anualidad, por lo que no tiene certeza si la promotora siguió laborando en ese interregno, solo supo que fue retirada como los demás empleados al momento en que el almacén salió a licitar el servicio y la perdieron; que tiempo después, de manera puntual el 5 de agosto de 2019 la volvió a ver, cuando se requirió apoyo para las labores desplegadas en el aeropuerto, convenio que también terminó, razón por la cual, la actora fue asignada a la operación Protección por ella manejada. Señaló que solo tuvo contacto con la demandante cuando fue asistente administrativa, pues

le correspondía hacer entregas de dotación y estaba al tanto de lo que ocurriera en los almacenes pues recepcionaba todos los documentos de los colaboradores, por lo que supo que a la reclamante le habían sido otorgadas unas recomendaciones por (6) meses emitidas por la EPS, correspondientes según recuerda a no levantar cargas superiores a 5 kg, no hacer esfuerzos repetitivos, realizar pausas activas, utilizar ayudas mecánicas para su labor, entre otras, las cuales envió al área de HCDQ, quien dispuso el seguimiento correspondiente al área de trabajo y las actividades que realizaba para los ajustes correspondientes, que fueron según recuerda dos en el año 2016, en los que la trabajadora manifestó que si se estaban cumpliendo y se dejó el acta pertinente, documento en el que además se dejaba la anotación de acudir a su médico tratante una vez finalizara el tiempo de sugerencias dadas, no obstante, que no allegó nuevas recomendaciones o la prórroga de las ya dadas, ni tampoco calificación de pérdida de capacidad laboral alguna, sin que de los exámenes anuales se pudiera extraer tampoco algún diagnóstico. Sostuvo, que solo cuando la recibió para el año 2019, venía con una recomendación que se mantienen hasta la actualidad, a las cuales, se les ha dado cumplimiento.

Por su parte, **Patricia Rodríguez Pulido** en calidad de representante legal de la demandada (00:53:30 a 01:34:41, archivo 06), manifestó que durante la relación laboral, es decir, desde su contratación y hasta marzo de 2017, momento en el que se le indicó la no renovación del contrato, no existía un tratamiento en curso o existía algún diagnóstico, solo se tuvo conocimiento de unas recomendaciones temporales, las cuales se acataron y al demandante no volvió a decir nada respecto de temas médicos, sino tan solo hasta después de que se la había informado la terminación del vínculo. Que en todo caso se efectuaron los estudios de puesto de trabajo correspondiente, que, si bien en el examen ocupacional de 5 de febrero de 2017 se estipuló el no levantamiento de cargas, a ella no le correspondía ejercer tal actividad, pues su función era barrer, trapear, lavar baños. Igualmente, señaló que existe un área de seguridad, que es el encargado de revisar esas tareas que le son en aras de cumplir con las recomendaciones que le son dadas. Añadió que en marzo de 2017 la demandada lo que hizo fue notificarles a todos los trabajadores que tenía aginados al servicio de la empresa cliente almacenes Éxito el preaviso para la no renovación de los contratos de trabajo, toda vez

que en ese momento, estábamos en una licitación del servicio, la cual no ganaron, que de la mano del equipo de seguridad y salud en el trabajo, frente a las personas con recomendaciones, restricciones, y temas médicos, que le hubieran comunicado a la empresa su patología o situación, a todos ello los mantuvo en el cargo, y solo hizo efectivos los preavisos a aquellos que no tenían documentado temas médicos, como el caso de la demandante, para lo cual manifestó que no reconocía el certificado médico osteomuscular obran a folio 93 del expediente físico, que no conocía que la accionante tuviera una calificación de pérdida de capacidad laboral, una calificación, que solo se advirtieron unas recomendaciones para el año 2016, por un término de 6 meses, las cuales fueron atendidas en debida forma, y en la que se convocó a una reunión por parte del departamento de seguridad y salud en el trabajo, donde participó la trabajadora, el especialista de HSEQ de la empresa, el médico laboral, los jefes inmediatos, se revisaron las actividades laborales a efectos de adaptarlas según las recomendaciones dadas, diligencia en la que se le solicitó a la actora que informara novedad frente a tales sugerencias, sin que emitiera pronunciamiento alguno, así como que tuvo unas incapacidades esporádicas de medicina general, por la que se reincorporo nuevamente. Con todo que se le proporcionaron carros escurridores y herramientas que mitigaran los riesgos asociados a esos movimientos repetitivos.

Ahora, la demandante en su declaración (01:35:54 a 01:55:19, archivo 06), señaló que sus funciones eran trapear, brillar, utilizar la maquina rotatoria para hacer limpiezas profundas, actividad que realizó en primer lugar en el éxito de villa mayor, donde tenían que llenar canecas de basura y llevarlas con estibas para poder hacerle limpieza a cada pasillo, que sí tenían elementos mecánicos para su labor, pero no tenían carrito escurridor, por lo que les tocaba hacerlo de manera manual. Indicó que no le cumplieron las recomendaciones que le fueron otorgadas, pues su jefe del momento, Angélica Ocampo, a la que no le importaba si les tocaba seguir limpiando o levantando canecas. Puso de presente que para el 31 de julio de 2017 tenía programada una cirugía, de la que tenía conocimiento Sodexo, que hizo uso de los médicos de la compañía, pero cada año que la valoraban, que tuvo varias incapacidades en el 2017 y estaba en terapias, la cual comunicó mediante escrito y pedía permiso para ellas.

Finalmente, la señora **Ofelia Sisa** (01:35:54 a 01:55:19, archivo 06), narró que conoció a la reclamante, porque en el año 2016 a 2017 trabajó en el éxito de las Américas, donde eran compañeras en el área de servicios generales, donde limpiaban pisos, rejillas, enceraban, que tenían maquinas brilladoras u otros elementos, pero a veces les tocaba hacer milagro para completar sus actividades. Preciso que la demandante estuvo en diferentes ocasiones incapacitada, y le tocaba utilizar férulas porque tenía enferma las manos y hombros, porque se le inflamaban las manos cuando hacía uso de las herramientas de rotación, por tendinitis y epicondilitis según le indicó la misma actora, sumado a que les tocaban levantar pesos de cerca una arroba, porque no había manera de sacar la basura, y que no sabía que le hubiesen respetado recomendación médica alguna, pues siempre tenían que hacer la misma labor; que como la relación con almacenes Éxito terminó, les fue finalizado el contrato, pero luego fueron reubicados en otro trabajo.

Como pruebas documentales tenemos:

Certificado médico de aptitud laboral emitido por Medishi Ltda el 12 de febrero de 2013, en el que se consignó *“cumple requisitos para el cargo, presenta restricciones que no interfieren con su trabajo normal”* y como restricciones médicas ocupacionales se indicó *“visual (permanente) se puede agravar al trabajar sin corrección visual (f.º 36, archivo 1).*

Recomendaciones laborales emitidas por parte del departamento de Medicina Laboral de Cruz Blanca EPS el 9 de diciembre de 2015 y remitidas a Sodexo S.A. por el termino de seis (6) meses, en la que se especificó que al tener el cargo de oficios varios, se sugería *“disminuir la ejecución de labores que implique agarres a mano llena o pinzas, de forma repetitiva asociados a fuerza; [...] disminuir tareas como restregar, torcer, picar, pelar y tajar; se recomienda el uso de herramientas o ayudas mecánicas [...]; reducir la ejecución de labores que impliquen repeticiones de alta frecuencia por más de 30 minutos o movimientos repetitivos con las manos [...]; disminuya los movimientos de flexo extensión de codo y pronosupinación de antebrazo [...]; manipule cargas menores a 3.0 kilos [...]; limite actividades de halar o*

empujar objetos pesados[...]; realizar pausas activas diariamente por un espacio de 5 minutos[...]; continuar control médico y el tratamiento establecido [...]; mientras que para la empresa el “permitir el cumplimiento de las recomendaciones dadas y supervisar su cumplimiento” (f.º 44 a 48, archivo 1)

Informe de estudio de puesto de trabajo de la demandante para definición de riesgo realizado por Suramericana el 21 de diciembre de 2015 (f.º 49 a 60, archivo 1).

Comunicación de fecha 30 de diciembre de 2015 suscrita por Doris Sáenz Aponte en calidad de jefe de HSE de Sodexo y radicada el 4 de enero de 2016 que da cuenta de la remisión del reporte de enfermedad laboral, el certificado de exámenes médicos, recomendaciones laborales, estudio de puesto de trabajo, matriz de riesgo y certificado de cargo y funciones documentos con destino a la EPS Cruz Blanca. (f.º 256, archivo 01).

Incapacidad médica otorgada el 25 de enero de 2016 por la Clínica Orthohand S.A.S., por enfermedad general y con una duración de cuatro (4) días (f.º 108, archivo 1).

Incapacidad médica por enfermedad general concedida por parte de la Clínica San Rafael de 7 de marzo de 2016 por cinco (5) días (f.º 91, archivo 1)

Recomendaciones laborales emitidas por parte de Cruz Blanca EPS de 15 de mayo de 2016, por parte de las *“evite exponerse a vibración segmentaria mano-codo, por ejemplo de la emitida por máquinas de limpieza como brilladoras o máquinas para restregar [...]; evite realizar movimientos de flexo extensión y rotaciones de puños asociados a fuerza, evitando el uso de la herramientas como tijeras, bisturí, cuchillo, etc., ni realizar actividades como torcer, amarrar, restregar limpiar ventanas o superficies verticales [...]; no debe manipular cargas desde el piso o por encima del nivel del hombro teniendo en cuenta no cargar elementos superen los 5kg [...], se sugiere alterne tareas por cada hora de trabajo que le permitan dar descanso [...]; asistir al examen médico ocupacional periódico y participar en los programas*

de prevención y promoción dispuestos por la empresa [...] (f.ºs 61 a 62, archivo 1)

Estudio de neuroconducciones sensitivas y motoras de miembros superiores de 2 de septiembre de 2016 en la que se consignó como conclusión *“estudio compatible con neuropatía por atrapamiento de los nervios medianos a través del túnel del carpo, con compromiso moderado bilateral”* (f.º 67 a 69, archivo 1)

Servicio autorizado ante el Hospital Universitario Clínica San Rafael de 5 de noviembre de 2016, que da cuenta de procedimiento *“sutura del manguito rotador por endoscopia”* y 10 sesiones de terapia para túnel carpiano bilateral (f.º 75 y 81, archivo 1).

Historia Clínica de Nuestra IPS con registro de atención de 30 de diciembre de 2016, en la que se precisó como motivo de consulta *“dolor en manos”* y como enfermedad actual *“paciente con antecedente de síndrome de túnel del carpo y manguito rotador con rotura del supraespinoso”* (f.º 99 a 102, archivo 1).

Certificado médico ocupacional osteomuscular de Medishi S.A.S. 5 de enero de 2017 en la que se indicó como concepto *“cumple requisitos para el cargo parcialmente-presenta restricciones que limitan su trabajo normal”* y en las restricciones se incluyó *“2. Muscolesqueléticas (temporal) se puede agravar con inadecuada manipulación de carga – sobreesfuerzos y con movimientos repetitivos”* (f.º 112, archivo 1).

Constancia de atención por parte del Hospital Universitario Clínica San Rafael de 2 de junio de 2017, dentro de la cual se especificó como enfermedad actual *“túnel del carpio bilateral moderado, de predominio derecho”*; en la que además dentro de las ayudas diagnóstico se ordenaron *“10 sesiones para túnel carpiano bilateral”* y *“cirugía de mano”*, con la autorización de servicios n.º 4314696 y 185043815 de 2 de junio y 21 de julio de esa misma anualidad (f.ºs 85 a 87 y 90, archivo 1).

El Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión de Bogotá a través de sentencia del 18 de agosto de 2017, amparo el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, y ordeno el reintegro, y pago de salarios desde la fecha del despido, más la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y dispuso:

“SEGUNDO: Prevenir a la accionante que deberá interponer la respectiva demanda laboral dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la presente decisión, so pena de que cesen los efectos del reintegro ordenado en esta providencia, salvo en lo atinente a la sanción por incumplimiento del requisito previsto en el citado artículo 26 de la Ley 361 de 1997”.

Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca de 26 de febrero de 2021 que determinó una pérdida de capacidad laboral equivalente a 35,16% y como fecha de estructuración de 18 de febrero de 2020 (f.ºs 284 a 294, archivo 3)

En el caso bajo estudio, se desprende de las historias clínicas aportadas que a la demandante le fue diagnosticada la patología de *“síndrome de manguito rotador”* y *“túnel del carpo”* en virtud del cual, la Cruz Blanca EPS le otorgó recomendaciones laborales el 9 de diciembre de 2015 y el 15 de mayo de 2016, cada una por el término de seis (6) meses, la última de las cuales finalizó en 15 de noviembre de esa misma anualidad, así como que para ese mismo mes le fue ordenado la realización del procedimiento *“sutura de anclaje de manguito rotador”*, de conformidad con la *“boleta de solicitud de sala de cirugía”* visible a folio 76 del plenario. Así las cosas, pese a acreditarse las patologías aludidas, no se demuestra una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo, esto es, problemas en las funciones corporales de manera significativa, pues como lo ha señalado nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, no cualquier contingencia de salud puede ser considerada como discapacidad, lo que además encuentra sustento en el dictamen emitido por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que si bien determinó una pérdida de capacidad laboral del 35,16%, estableció una fecha de estructuración de 18 de febrero de 2020, esto es, de manera posterior a la finalización de la relación laboral.

Ahora, si bien, la misma parte recurrente puso de presente que conoció de los padecimientos de la actora, así como de las recomendaciones que le fueron dadas, las cuales acató en su momento, lo cierto es que para la época de la terminación del vínculo no se advierten que estuvieran vigentes sugerencias algunas por parte de la EPS de la demandante, aunado a que pese a que el 2 de junio de 2017, -antes de la terminación del contrato- la reclamante acudió nuevamente al Hospital Universitario Clínica San Rafael, refiriendo dolor por su antecedente de túnel carpiano y la especialista en cirugía de mano dictaminó 10 sesiones para túnel carpiano bilateral y valoración por medicina laboral, no se advierte que esta determinación hubiese sido informada a la demandada, por lo que no dable establecer que la decisión de la accionada obedeció a la situación particular de salud de la demandante.

En tales condiciones, se pone de presente que le correspondía a la promotora demostrar no solo la existencia del diagnóstico, sino que también la existencia de la barrera. Pero se itera, no está acreditado en el plenario la existencia de aquellas, que le impidiera actuar con su entorno laboral, y que la hicieran merecedora a la especial protección reclamada. De ahí que, al no haberse probado que su contrato de trabajo finalizó por razón de su discapacidad, no hay lugar a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Por el contrario, lo que se establece es que la terminación del contrato acaeció por la expiración del plazo fijo pactado, por lo que el 23 de marzo de 2017 donde le comunicó que el vínculo laboral iría tan solo hasta el 31 de julio de 2017, para lo que estaba facultado y no puede, en ese sentido, entenderse que tal determinación sobrevino como un acto discriminatorio, sino se itera, a una causal objetiva, que sin importar la aplicación del modelo social sigue teniendo aplicación. En ese sentido se pronunció la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL2617-2023, donde indicó:

Esta corporación ha considerado que en los procesos judiciales en los que se alega el fuero de discapacidad, al trabajador que solicita el amparo le corresponde demostrar que para el momento en que se produjo la terminación del contrato tenía una discapacidad y que el empleador conocía tal situación, o que era notoria; y, a éste último para desvirtuar la

presunción de despido discriminatorio, probar que la terminación del vínculo se fundó en una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria o, en su defecto, que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable hecho comunicado al trabajador (CSJ SL1152-2023, reiterada en la CSJ SL1851-2023).

La Corte ha explicado que la objetividad que se exige en estos asuntos al empleador, se circunscribe a que debe acreditar que las razones o motivos de la finalización del contrato laboral estuvo soportada en circunstancias reales, legales y debidamente demostradas, las cuales no pueden tener relación o vínculo alguno con el estado de salud en que se pueda encontrar el trabajador ni tampoco pueden estar motivadas en una eventual discapacidad; dado que cuando existe una razón objetiva y se demuestra en debida forma que la decisión adoptada está distante de las circunstancias que rodean la salud del trabajador, resulta posible entender legítima la terminación de la relación contractual.

En otras palabras, lo que se requiere con el concepto de objetividad, es que el empleador esté en capacidad de argumentar que su decisión de finalización no está fundamentada en un prejuicio, estigma o estereotipo de la discapacidad del trabajador, sino en circunstancias legales y reales que dan lugar a la legítima finalización.

Por consiguiente, cuando se acredita una causal objetiva y se contradice con la presunción de un despido discriminatorio fundado en el estado de salud del trabajador, a criterio de esta corporación, no resulta obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se enerva la presunción discriminatoria y esta circunstancia soporta su actuar en una determinación imparcial y, por ende, no hay lugar a la protección foral en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Así las cosas, al no haberse probado que el finiquito se produjo en razón de su discapacidad, sino que obedeció a una causal objetiva, no hay lugar a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que, no queda otro camino que revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar, absolver a la demandada frente a este punto y al subsecuente reintegro y pago de la indemnización establecida por el *quo*.

COSTAS

Dadas las resultas del recurso de alzada, las de primera instancia a cargo de la parte demandante. En esta instancia, se fijarán las agencias a cargo de la parte accionante y a favor de la demandada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida el 10 de abril de 2023 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada las pretensiones encaminadas a condenar al reintegro y demás pretensiones derivadas de dicha garantía, así como la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, conforme lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO. - COSTAS de las instancias, a cargo de la demandante, Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de medio (1/2) smmlv, por concepto de agencias en derecho en esta instancia.

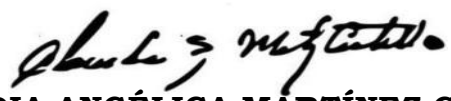
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105032 2021 00634 01
Demandante: Rosa Marlen Gómez
Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A., y Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Protección S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **Rosa Marlen Gómez** actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (folios 5 archivo 01):

“PRIMERA. *Que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por mi representada a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. en junio de 1996.*

SEGUNDA. *Que como consecuencia de la anterior declaración se declare la nulidad de la afiliación efectuada con posterioridad a DAVIVIR hoy PROTECCION S.A. en noviembre de 1998, actual administradora de fondos de pensiones de la demandante.*

TERCERA. *Que se condene a PORVENIR y PROTECCION S.A a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido por causa y con ocasión de la afiliación de la señora ROSA MARLEN GOMEZ esto es, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros Previsionales, cuotas de administración, etc., como si nunca se hubiese trasladado al RAIS.*

CUARTA. *Que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES a activar sin solución de continuidad la afiliación de mi mandante al Régimen de Prima Media con prestación definida, y a recibir todos los aportes y rendimientos efectuados al RAIS.*

QUINTA. *Que se condene al reconocimiento y pago de los demás derechos probados en el transcurso del proceso con base en las facultades Ultra y Extra petita.*

SEXTA. *Que se condene a las entidades demandadas, al pago de las costas y agencias en derecho de conformidad con lo establecido en el Artículo 365 del Código General del Proceso, por resultar vencidas en juicio.”*

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 18 de mayo de 1966.
2. Se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 11 de abril de 1986 cotizando 125.29 semanas al RPM.
3. En el mes de mayo de 1996, mientras se encontraba laborando para el empleador Fundación San Mauricio, el secretario encargado del talento humano, llevó a las instalaciones de la empresa, asesores del fondo de pensiones y cesantías Colpatria hoy Porvenir S.A., quienes le informaron que el Instituto de Seguros Sociales estaba en una situación crítica y se iba a acabar, porque el sistema estaba descapitalizado y no podía asumir

las pensiones de sus afiliados, quedando como única opción el traslado a los fondos privados.

4. El asesor de Colpatria no le proporcionó información de los requisitos, condiciones y riesgos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la prohibición de trasladarse de régimen antes de cumplir los 47 años de edad, cómo se calcularía la mesada pensional en el RAIS, y sobre el derecho de retracto

5. En el mes de noviembre de 1998 firmó formulario de afiliación al fondo de pensiones Davivir hoy Protección S.A., mientras se encontraba laborando con el empleador Fundación Hogar San Mauricio.

6. El asesor de Davivir le informó que eran mejor las condiciones que brindaban los fondos privados y le convenía continuar en el RAIS.

7. Actualmente labora para el empleador Fundación Niña María desde el 1° de enero de 2000 y su salario asciende a la suma de \$19.585.000.

8. Su traslado al RAIS y permanencia en él se dio por causa y ocasión de la falta al deber de información en cabeza de los fondos privados respecto de su situación pensional real y la conveniencia de permanecer en el RPM.

9. El 6 de noviembre de 2020 solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado, atendida de manera negativa.

10. A la fecha no se encuentra pensionada y tiene 55 años de edad.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 10 de diciembre de 2021 (f°. 106 archivo 1) y fue admitido el libelo introductorio luego de su subsanación, con proveído del 19 de abril de la misma anualidad (archivo 4). Las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fueron notificadas conforme al artículo 8° del Decreto 803 de 2020 (archivo 5).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las súplicas de la

demanda; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS y la solicitud de nulidad del traslado con respuesta negativa. Formuló las excepciones denominadas 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, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (archivo 6).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda; en cuanto al supuesto fáctico aceptó la fecha de natalicio del actor. Propuso las excepciones que denominó. Como motivos de defensa expuso que, el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria y no se aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento. Formuló las excepciones denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 7).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones. Como sustento de su defensa señaló que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que la suscripción del formulario de vinculación se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esa forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y la AFP, por

virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como el de la afiliada. Formuló las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y 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; la innominada o genérica. (archivo 8)

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y DOS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 06 de septiembre de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 22):

“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 ROSA MARLEN GÓMEZ a través de PORVENIR S.A., de fecha 19 de julio de 1995, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. - 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 justifique.

QUINTO. - ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante ROSA MARLEN GÓMEZ 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.

SEXTO. - CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR 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 y PROTECCIÓN S.A.

SÉPTIMO. - En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a tal conclusión, precisó, luego de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y mencionar los elementos probatorios del proceso, que las demandadas y en especial Porvenir S.A. no acreditaron haber brindado información de manera íntegra sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, sus diferencias, las ventajas y desventajas, así como las consecuencias del cambio, aunado a lo anterior, si bien podría desprenderse del interrogatorio que se le brindó alguno tipo de ilustración no es clara en qué momento se hizo la misma y en todo caso lo que denota es que fue parcial, y con la poca asesoría no era viable tomar una decisión informada en tanto que la actora hubiese podido comprender y escoger la mejor alternativa para su situación pensional.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *a quo*, Colpensiones interpuso recurso de apelación indicando que, el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional esta misma norma limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos que tuvieran 15 anualidades cotizados a la entrada en vigencia el sistema general de pensiones, a quienes se les conservó el derecho de regresar al RPM en cualquier momento, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición,

limitación que se justifica con las adiciones efectuadas en el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política, y por lo tanto, todas las actuaciones deben estar encaminadas en cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones de la Ley 797 de 2003 y a la referida enmienda constitucional que buscan proteger tal principio. Conforme a lo anterior, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para que proceda su traslado en cualquier tiempo como lo señala, entre otras, la sentencia constitucional SU-062 de 2010, toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 contaba con un aproximado de 170 semanas, y a la fecha en que elevó la solicitud –6 de noviembre de 2020— contaba con 54 años y al no tener los 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, no quedaría alternativa distinta a la de concluir que la señora Rosa Marlen Gómez se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado y por ende, resulta improcedente por parte de Colpensiones tenerla como afiliada al régimen de prima media. En igual sentido, señaló que debe tener en cuenta la documental relacionada con la re asesoría que recibió la promotora del litigio el 19 de abril de 2013 en donde la AFP indicó que tenía como fecha límite para retornar a Colpensiones el 18 de mayo de 2013, sin embargo, la convocante manifestó en dicho documento que aplazaba su decisión, por lo que es claro que continuó afiliada al RAIS teniendo la posibilidad regresar al RPM y por lo tanto, debe tenerse este acto como ratificación para permanecer afiliada al régimen de ahorro individual. Por último, se debe tener en cuenta el principio de relatividad jurídica en tanto que Colpensiones es un tercero en el acto celebrado entre la convocante y el fondo privado el cual tiene efectos inter partes, por lo tanto, no puede verse ni favorecida ni perjudicada con el mismo.

Porvenir S.A. por su parte solicitó se revoque la declaratoria de la ineficacia toda vez que el precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema, no se puede aplicar de una manera homogénea a todos los procesos en donde se solicite la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información. Pues en efecto debe existir una serie de situaciones fácticas en cada uno de esos casos, situación que no se da en el presente asunto cuando la demandante

realizó válidamente su traslado al régimen de ahorro individual de manera voluntaria, sin presiones e informada de conformidad para la normatividad vigente a la fecha de su migración en 1995, igualmente, con independencia con la información que se le otorgó y los varios traslados horizontales, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo leer en cualquier momento el contenido de la información otorgada por parte de las AFP en sus diferentes migraciones entre AFP. En relación con los rendimientos, señaló que la declaratoria de la ineficacia, tiene como efecto natural que los recursos que se trasladen deberán corresponder a los que hubiere generado la reserva de Colpensiones y no, las que han venido generando el régimen de ahorro individual, no tiene sentido que se obligue a trasladar los rendimientos propios del RAIS y en caso contrario, por el efecto de las restituciones mutuas al traslada, los frutos que se generaron con la afiliación de la demandante los costos en que se incurrieron para poder administrar los dineros que se sintetizan en los gastos de administración y las primas de seguros previsionales. Adicionalmente solicita se revoque lo relativo a la indexación de las condenas interpuestas en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante con lo que se compensa la deprecación del poder adquisitivo de la moneda-

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las recurrentes se ratificaron en los argumentos argüidos al sustentar la alzada.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Los problemas jurídicos que ocupa la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

- i) ¿Es procedente declarar la ineficacia de traslado de régimen que hiciera la actora el 19 de julio de 1995?
- ii) En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iii) ¿La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A., al momento de sustentar los recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación sustentado en que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, por lo que es necesario hacer las siguientes precisiones al respecto:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

4. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**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. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las

condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 19 de julio de 1995 (fº. 30 archivo 7); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), *“entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna”* (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de

información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155 2022, CSJ SL1637-2022), puesto que *«esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado»* (CSJ SL4205 2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (fº. 30 archivo 07), se anota con la leyenda reimpresa: *“HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. ASI COMO LA SELECCION DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”*, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: respuestas de Colpensiones y Protección S.A. a la solicitud de nulidad y traslado elevada por la demandante (fº. 17 a 22 archivo 1), certificación laboral emitida por la Fundación Niña María (fº. 24 archivo 1), copia de la cedula de ciudadanía de la actora (fº. 25 archivo 1), expediente administrativo allegado por Colpensiones (archivo 12), historial de vinculaciones de Asofondos (fº. 27 y 28 archivo 7 y 52 archivo 8), formularios de vinculación y traslado (fº. 30 y 31 archivo 7 y fº. 49 archivo 8), historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos y certificación de afiliación y traslados emitidas por Porvenir (fº. 32 a 35 archivo 7), conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera de

Colombia de 15 de enero de 2020 y 29 de diciembre de 2015 (fº. 37 a 44 archivo 7 y fº. 111 y 112 archivo 8), proyección de la pensión en el régimen de ahorro individual realizado por Protección 66 (fº. 51 archivo 8), resumen de la historia laboral emitida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda (fº. 54 y 55 archivo 8), reporte estado de cuenta, e historia laboral emitidas por Protección S.A. (fº. 56 a 107 archivo 8), comunicados de prensa (fº. 108 a 110 archivo 8), Políticas asesorar para vincular personas naturales (fº. 113 a 117 archivo 8), no permiten colegir que la AFP Porvenir S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ahora, Rosa Marlen Gómez a la hora de rendir interrogatorio informó que tiene 57 años de edad y a la fecha no se encuentra pensionada, estudió Comunicación Social y Periodismo y se dedicó a la atención de la niñez; recuerda que estaba afiliada al ISS cuando trabajaba en el Hogar San Mauricio, cuando hicieron una reunión por parte de un asesor comercial que les informó que el Estado no tenía dinero para pagar las pensiones, por lo que tenían que pasarse al fondo privado, llenaron los formularios y los firmaron, muchas personas se trasladaron por miedo a quedarse sin pensión, además, que el asesor comercial informó que se podía acortar el tiempo laboral para recibir la prestación pensional. No recuerda si le informaron que tendría una cuenta de ahorro individual, que generaría unos rendimientos financieros. Rememora que la última vez que tuvo reunión con un asesor le dijo que en caso de fallecimiento sus hijos no recibirían nada si estaba en Colpensiones, pero en el caso de tener bono pensional si les correspondería a sus descendientes, pero no le explicó las diferencias entre las mesadas pensionales, en otra ocasión le preguntaron que, si quería hacer un ahorro voluntario, lo que nunca hizo. Respecto de su migración a Protección en 1998 recuerda que le dijeron que ese fondo era mejor que el otro porque generaba mejores rendimientos, en esa oportunidad varios hicieron el cambio.

De la respuesta brindada por Rosa Marlen Gómez, no se puede establecer que, exista confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, sin que de este modo ninguna de las afirmaciones de la actora de cuenta de información alguna brindada por la administradora del fondo privado para el momento del traslado de régimen pensional.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con la suscripción del formulario de afiliación, sin embargo, pasaron inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

En cuanto al formulario de reasoría pensional de Protección S.A. visible a folio 50 del archivo 8, suscrito por la demandante el 19 de abril de 2013, se observa que tenía plazo para trasladarse de régimen hasta el 17 de mayo de la misma anualidad y que decidió aplazar la decisión, pues, conforme lo expuso en el interrogatorio de parte, no había suficiente

información para tomar una decisión y fue en esa ocasión que el asesor le informó que si se cambiaba de régimen, en caso de fallecer, sus hijos quedaban descubiertos, pero no le hizo una proyección en cada uno de los regímenes, razón por la cual entró en duda.

Ahora, el servicio de reasesoría no tiene la capacidad de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en el que incurrió la AFP al momento del traslado como quiera que este es el momento oportuno para brindar la información objetiva al usuario, no posteriormente. (CSJ SL 1688 de 2019)

Así pues, es claro para esta Sala que en el presente asunto carece de utilidad el formato de reasesoría allegado, del cual no se puede desprender una información objetiva, completa y detallada para que ella pudiese tomar la decisión de afiliarse al RPMPD antes de encontrarse inmerso en la prohibición legal de retorno, máxime cuando se realizó días antes de cumplir los 47 años de edad, situación que a todas luces no es oportuno ni suficiente para elegir un cambio de régimen, máxime cuando en esta ocasión también se advierte una ausencia de información.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que no deben ser devueltos los rendimientos financieros pues en caso de que así se ordene no procede la entrega de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, con los rendimientos se compensa la deprecación del poder adquisitivo de la moneda-

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su

pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, no incurrió en ningún desacierto el juzgado de conocimiento a la hora de ordenar la indexación de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima. En consecuencia, se confirmará en este aspecto la decisión objeto de apelación.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Costas

Se condenará en costas a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos de forma desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C. treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105007 2020 00347 01

Demandante: Beatriz Vaquiro Amaya

Demandado: Álvaro Valencia Duque

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

BEATRÍZ VAQUIRO AMAYA, por medio de apoderado judicial demandó al señor **ÁLVARO VALENCIA DUQUE** con el fin que se declare la existencia de un contrato laboral verbal entre el 14 de mayo de 2012 y el 10 de febrero de 2018, el cual finalizó sin justa causa por el empleador, en consecuencia, se condene al demandado al pago de vacaciones y prestaciones sociales, indemnización por despido injusto, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo y por el no pago de los intereses a las mismas, indemnización moratoria, pago y/o reajuste de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo de la relación laboral y las costas del proceso.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, señaló que:

1. Prestó sus servicios personales, subordinados y remunerados a favor de Álvaro Valencia Duque desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 10 de febrero de 2018 en la ciudad de Bogotá, mediante un contrato de trabajo verbal.
2. Cumplió sus funciones como empleada doméstica, enfermera y acompañante permanente del demandado, y dentro de sus actividades estaba las de la preparación de sus alimentos a diario, planchado, acompañamiento a citas médicas, caminatas diarias, realización de diligencias bancarias y estar pendiente de su salud en temas básicos.
3. El lugar de trabajo se desarrolló en la Calle 189 No. 46-56 interior 1 apto 504, Mirandela 5 Portal Norte de Bogotá.
4. Laboró generalmente todos los días en un horario de lunes a sábado de 10:00 am a 7:00 pm y los domingos de 10:00 am a 4:00 pm.
5. Recibía una remuneración de \$30.000 diarios y \$6.000 para transporte.
6. Trabajó horas extras frecuentemente.
7. Recibió órdenes e instrucciones permanentes del señor Álvaro Valencia Duque, quien le aseguró que se pondría al día en sus obligaciones con salarios pendientes, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.
8. Fue la encargada de llevar al Hospital al señor Álvaro Valencia Duque cuando enfermó y puso en conocimiento de su hospitalización a su hijo Juan Sebastián Valencia, quien determinó una vez le dieron de alta, llevárselo para su casa y darle los cuidados a partir de ese momento.
9. El demandado le solicitó a su hijo Juan Sebastián le hiciera un abono a la deuda laboral, a lo que éste no accedió.
10. Se presume que la terminación de las labores se produjo el 10 de febrero de 2018.
11. El señor Álvaro Valencia Duque no la tenía afiliada a la al sistema de seguridad social integral.
12. El 02 de abril de 2018, Juan Sebastián Valencia Sepúlveda, realizó un pago por \$600.000 de la liquidación de junio y diciembre del año 2017.
13. El 16 de octubre de 2018, elevó derecho de petición al convocado y a su hijo, vía correo certificado, solicitando el pago de \$11.045.777.
14. Mediante comunicación del 26 de octubre de 2018, Juan Sebastián contestó que la reclamación no puede ser contra él, pero solicitó la aclaración de inquietudes de índole laboral para poder responder el

derecho de petición, las que fueron resueltas a través de escrito del 28 de diciembre de 2018.

15. Su empleador no pagó prestaciones sociales durante la relación laboral como tampoco realizó el pago de la liquidación final del contrato e indemnizaciones reclamadas.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue radicada en el Centro de Servicios el 09 de octubre de 2020 (archivo 1), la cual le fue asignada al Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante auto del 10 de diciembre de 2020 la admitió luego de ser subsanada (archivo 6).

El convocado a juicio procedió a contestar el libelo introductorio oponiéndose a sus pretensiones. Como fundamentos de defensa expuso que los servicios prestados por la señora Beatriz Vaquiro Amaya, se desarrollaban de forma esporádica y ocasional, los cuales no estaban supeditados a un horario de trabajo, a una dependencia continuada ni mucho menos a una subordinación o vigilancia de un patrono, por el contrario, era independiente en los asuntos encomendados.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, excepción de la buena fe, fraude de ley en documentación aportada y genérica (archivo 12).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia 07 de marzo de 2023, acorde con la siguiente parte resolutive (archivo 11):

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante señora BEATRIZ VAQUIRO AMAYA en calidad de trabajadora y el señor ÁLVARO VALENCIA DUQUE en calidad de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual tuvo vigencia desde el 14 de mayo de 2012 y el 18 de febrero de 2018, devengando un último salario del mínimo legal mensual vigente y el cual culminó sin justa causa por parte del empleador.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** al señor ÁLVARO VALENCIA DUQUE, a pagar a favor de la demandante, las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

- Cesantías: \$4.149.292
- Intereses a las Cesantías: \$469.818
- Primas: \$4.149.292
- Vacaciones: \$2.074.464
- Deducción: \$600.000

Para un total de **\$10.243.050**

- Por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de **\$3.617.890.**

- Por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST la suma de \$28.981 diarios a partir de del 11 de mayo de 2018 y hasta que se verifique el pago, suma que a la fecha oscila en **\$52.167.180**, la cual se seguirá causando hasta que se verifique el pago.

- Por concepto de sanción por no consignación de las cesantías a un fondo la suma de \$21.150 diarios a partir del 15 de febrero de 2013 y hasta el 11 de mayo de 2018, dicha suma arroja un valor de: **\$38.070.000**, debidamente indexados.

TERCERO: CONDENAR al señor ÁLVARO VALENCIA DUQUE a pagar a favor de la demandante los aportes a seguridad social en pensión desde el 14 de mayo de 2012 al 10 de febrero de 2018, tomando como IBC el salario mínimo legal mensual vigente para cada año, dicho pago será mediante calculo actuarial que efectúe el fondo de pensiones al que este afiliado la demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por el demandando señor ÁLVARO VALENCIA DUQUE.

QUINTO: ABOSLVER a las demandadas de las restantes pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: sin costas

Para arribar a dicha conclusión, indicó que, desde la contestación de la demanda se aceptó la vinculación de la accionante, que a juicio del despacho fue de carácter laboral, porque efectivamente la demandada reconoció que recibió una remuneración por esa labor así fuese esporádica. De modo que conforme al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, dio plena aplicación a esa presunción con base en la réplica de la demanda y las pruebas que se practicaron, con las que se ratifica la existencia de esa relación personal.

Concluyó que del estudio de las declaraciones se ratifica el vínculo laboral, el cual se extendió desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 10 de febrero de 2018, así lo reconoció en su declaración el testigo Sebastián hijo del accionado, vínculo que estuvo remunerado a través de un salario.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la parte demandada y el representante del Ministerio Público interpusieron sendos recursos de apelación.

La apoderada de Álvaro Valencia Duque arguyó que, si bien la señora Beatriz desarrolló una actividad y prestó un servicio a favor del demandado, no lo fue de manera permanente e ininterrumpida, de la misma forma, no se pudo establecer la remuneración, además, se probó en el proceso que no existió una subordinación, toda vez que el accionado no podía ejercer dicha acción debido a que su estado de salud se lo impedía, circunstancias que no permiten la configuración de los elementos básicos del contrato laboral. Por otra parte, el despacho desconoció las incongruencias e inconsistencias vistas en la práctica del interrogatorio de la parte demandante y en la de sus testigos que no tienen peso ni se puede verificar que sean ciertas.

El Agente del Ministerio Público, Pedro Alirio Quintero Sandoval solicitó se revoque la decisión de primer grado, y en su lugar se absuelva al demandado, pues coincide con la apreciación del despacho en relación a que surgió la presunción de la existencia de un contrato de trabajo conforme al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo, se debe establecer si realmente esa prestación del servicio fue constante, permanente y continua entre el 14 de mayo de 2012 y el 10 de febrero de 2018 con una jornada ordinaria laboral que permitieran la tasación de las prestaciones y salarios, y en ello el despacho incurrió en un yerro , toda vez que no existe prueba idónea de esa prestación de manera continua de los servicios personales de la demandante, de ello surgen varias pruebas en el proceso, por ejemplo obran citas médicas a las que acudió el demandado en compañía de la señora Clara Macías para las fechas de 25 de julio de 2014, 6 de marzo de 2015, 26 de junio de 2015 y 18 de agosto de 2015, es decir que, quien asistió al señor Valencia Duque fue una persona diferente a la señora Beatriz, nótese además que ésta no conocía a la señora Clara Macías lo que denota la contradicción en su relato, además, los testigos escuchados en el proceso, en particular la señora Cindy Johana Hernández Moreno, quien acudió en varias ocasiones a la residencia del demandado fue clara en señalar que cuando estuvo allí para brindarle algún tipo de orientación médica, se encontraba sólo, por lo que se desprende de las demás pruebas que

efectivamente la demandante asistió al convocado en varias oportunidades y le colaboraba en su lugar de residencia y también lo acompañó a algunas citas médicas, sin embargo, no aflora con un nivel de certeza que esa labor hubiese sido continua durante todos los días de la semana que permitiera establecer los extremos claros de la razón laboral y la continuidad de la prestación del servicio para poder concluir las condenas que se impusieron en el asunto presente. Además, se tiene por ejemplo que los testigos, hijos de la demandante, Adriana Fonseca y José Daniel Estupiñán fueron bastante lacónicos, señalaron que acudieron en dos oportunidades a la residencia del demandado, y con base en eso fundaron su conocimiento de una relación laboral que perduró durante el lapso de más de seis años, testigos que nada aportaron al proceso y lo que se advierte es que buscan a toda costa favorecer las pretensiones de su progenitora.

Agregó que, quizás la única prueba que pudiera dar lugar a probar la continuidad de la prestación del servicio, es la declaración extra juicio rendida por el señor Robinson Torres Villanueva vigilante del conjunto residencial Mirandela donde trabajó por más de 20 años y en la que manifestó que veía a la demandante de manera permanente, sin embargo, éste rindió otra versión en la que señaló que la veía dos o tres veces a la semana cuando acudía al lugar de la residencia del demandado, que en ocasiones ni siquiera se le abría la puerta, no ingresaba al apartamento y que no sabe si la señora permanecía durante todo el día ni en qué horario específicos, esa contradicción del deponente que resulta llamativa, pero conforme a lo expuesto por éste en el curso del proceso, se puede concluir que en la primera faltó a la verdad, y en la segunda declaración fue mucho más explícito en señalar que no le constan las asistencias de la demandante Beatriz todos los días de la semana a la residencia del convocado a juicio, sin que se pueda presumir como lo hizo el despacho una prestación permanente ésta, pues el vigilante no trabajaba todos los días de la semana, y por ende no podía constarle tal circunstancia.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante se pronunció solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

7. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los motivos expresamente cuestionados por la parte demandada y el Agente del Ministerio Público, la Sala deberá establecer si la demandante prestó sus servicios personales a favor de Álvaro Valencia Duque, en forma permanente y bajo la subordinación jurídica desde el 14 de mayo de 2012 y el 18 de febrero de 2018 como lo concluyó el a quo, o por el contrario la ejecución del vínculo laboral fue en forma esporádica, ocasional como lo sostuvo el demandado en la contestación de la demanda, y lo reiteran los recurrentes en la sustentación de la alzada.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la promotora del juicio y el Agente del Ministerio Público.

La demandante afirma en los hechos del escrito incoatorio que prestó sus servicios personales a favor del señor Álvaro Valencia Duque desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 10 de febrero de 2018 mediante contrato de trabajo verbal, ejerciendo funciones de empleada de servicio doméstico, enfermera y acompañante a citas médicas, caminatas diarias, realización de diligencias bancarias y estar pendiente de su salud en temas básicos.

El convocado a juicio acepta la prestación personal del servicio por parte de Beatriz Vaquero Amaya tales como acompañamiento para hacer pagos, compras, retirar dinero, asistencia a citas médicas, entre otros, pero que los mismos se prestaban de forma ocasional y no se desarrollaban bajo una continuada subordinación o dependencia del demandado.

El juez de primer grado encontró acreditada la prestación personal del servicio, desde la contestación de la demanda, lo que activó la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y dedujo que de las pruebas practicadas se advertía que la actividad que ejercía la demandante es propia de un contrato de trabajo, que implicaba una remuneración y subordinación.

1. De la existencia del contrato de trabajo.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, reza que, a la hora de expedirse un estatuto del trabajo, se deben tener en cuenta unos principios fundamentales mínimos, tales como:

“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales ...” (Resaltado de la sala).

Por otro lado, en el artículo 4° de la Recomendación 198 de la OIT, se insta al Estado a incluir medidas tendientes a:

“(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Además, se contempló en el artículo 13, del citado escrito que:

“...Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

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

A su turno, el artículo 22 del CST lo define así: *“es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante*

remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado en *"múltiples oportunidades, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento cardinal de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la CN, con sustento en el cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley"* (CSJ SL3564-2021).

En ese orden, la prestación personal del servicio corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador; de ahí, que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presuma la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

Entonces, es claro que, no sólo en virtud del artículo 24 del CST, sino por cuenta del artículo 53 Superior, también denominado principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, que al trabajador le basta inicialmente acreditar el primer requisito contenido en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal del servicio, acreditado ese elemento, se presume la

existencia del vínculo laboral, por así disponerlo el legislador en el artículo subsiguiente, quedando en cabeza del empleador, desvirtuar dicha presunción, que el juez de manera automática no puede basarse en el contrato que éste aduzca, o la documental que en forma nominada señala que el contrato fue de prestación de servicios u otra naturaleza; así como tampoco atenerse a la calificación que los testigos hagan de esa relación como una forma de ratificar una pregunta que lleva implícita la respuesta, sino de los hechos concretos, que en cuanto modo, tiempo y lugar, realmente permitan establecer las características de la relación, ya que, si bien en un principio las partes pudieron acordar los términos de una relación independiente, eso no obsta para que en el lapso de aquélla exista una transformación que implique la subordinación del contratista, o aun habiendo acordado tales términos, se hizo como una manera de desconocer los derechos laborales. Por esa razón, se exige el análisis conjunto de las pruebas para establecer si realmente lo acreditado por el supuesto empleador tiene el mérito de desvirtuar con tal firmeza la presunción de la relación laboral a favor del trabajador.

Cabe agregar, que con la introducción de nuevos elementos en las estructuras empresariales y la forma como ha avanzado la contratación, el elemento de la subordinación debe mirarse desde otra óptica, esto es, de manera contextualizada; de ahí que, en aras de dilucidar ese aspecto, como se dijo atrás, la Recomendación 198 de la OIT, compiló un haz de indicios, que permite identificar en qué eventos, la forma como se desarrolló la labor encaja o no en una relación laboral.

Así, tal como quedó reseñado en la sentencia CSJ SL1439-2021, se han identificado ciertos criterios, como la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24

ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020); sin que, con esta relación, se entienda completada la labor de identificación de esos elementos propios de subordinación, pues, pueden ir surgiendo nuevas circunstancias, que sumadas en la forma como se fue desarrollando la relación, permitan verificar que la contratación en realidad fue laboral.

2. Caso concreto.

A fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, se procede al estudio de las pruebas allegadas y practicadas, así: Como medio de prueba documentales se aportaron las siguientes: i) historia clínica del señor Álvaro Valencia Duque entre diciembre de 2013 y agosto de 2015 en los que se relaciona como acompañantes del paciente a la señora Beatriz Baquero en consulta **de 5 de diciembre de 2013**, Robinson Torres los días 11 de diciembre de 2013, 28 de febrero y 23 de abril de 2014; Sebastián Valencia el 19 de junio de 2014 y los días 25 de julio de 2014, 22 de junio y 12 de agosto de 2015 con Clara Macias. (fº. 258 a 313 archivo 12), ii) Paz y salvo suscrito por la actora de fecha 2 de abril de 2018 por todo concepto de los servicios prestados al señor Valencia Duque y por ende declara el cese de todo saldo o adeudamiento por labor desarrollada a su favor durante los años 2017 y 2018 (fº. 17 archivo 3 y 14 archivo 12), iii) respuesta de 26 de octubre de 2018, firmada por Juan Sebastián Valencia Sepúlveda requiriendo a la accionante para que resolviera ciertas inquietudes relacionadas con el pago diario de sus servicios durante los años 2012 a 2018, cuántos días trabajó por semana, cuánto recibió por auxilio de transporte, entre otros (fº. 28 y 29 archivo 3), iv) respuesta del 26 de diciembre de 2018 en la que afirmó que un día de salario correspondía a \$30.000, pero el demandado a veces le daba \$20.000 o no le pagaba y que su horario era de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. de lunes a sábado (fº. 30 y 31 archivo 3), v) escrito de 21 de noviembre de 2019 firmada por Robinson Torres Villanueva radicada ante la Defensoría del Pueblo señalando que se desempeña como guarda de seguridad en el conjunto residencial Mirandela y dio fe que la señora Beatriz ingresaba de 8:00 a.m. a 7:00 p.m. de lunes a sábado y los festivos, estaba muy pendiente de la salud del señor Álvaro Valencia, citas médicas y alimentación, además realizaba a tareas domésticas (fº. 33 archivo 3), vi) carta de 5 de octubre de 2020 suscrita por Robinson Torres Villanueva, desistiendo de la anterior

declaración, porque desconocía el contenido del documento, pues, le pidieron el favor firmar, aclarando que su labor por turnos le impide dar fe de las frecuencias con que la señora Beatriz Vaquiro visitó el apartamento 504 torre 1 de 2012 a 2018 (fº. 17 archivo 12).

La demandante **Beatriz Vaquiro Amaya** en interrogatorio de parte manifestó en síntesis que inició a trabajar con Don Álvaro desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 10 de febrero de 2018, ingresaba a trabajar a las 8:00 a.m., le preparaba los alimentos, lo acompañaba a caminatas, a realizar diligencias y las labores domésticas, se acordó en principio un pago de \$30.000 y luego se sumó \$10.000 correspondientes al transporte, aunque no siempre le cancelaba el día de trabajo y tan sólo le daba lo del transporte. Refirió que el demandado siempre vivió sólo, esporádicamente lo visitaba su hijo Sebastián, pero la familia no estaba muy pendiente de él, y ocasionalmente trabajaba los domingos cuando Álvaro así lo quería. Que el apartamento del accionado permanecía limpio porque ella le hacía el mantenimiento y a su vez cuidaba de él, pues lo bañaba, le aplicaba cremas, y siempre lo acompañó a las citas médicas.

La testigo **Liz Adriana Fonseca Vaquiro**, hija de la demandante, indicó que su progenitora trabajó con Álvaro desde el 2012 hasta el 2018 mediante contrato verbal de trabajo, cumplía con su horario laboral, sus funciones consistían en labores doméstica, le servía de compañía al demandado para las caminatas diarias y asistir a las citas médicas, además recibió un pago de \$30.000 pesos inicialmente y luego se lo aumentaron a \$10.000 como auxilio de transporte, lo que conoce porque su madre le contaba todo. En dos ocasiones visitó junto con su hermano José Daniel el apartamento de Álvaro porque querían saber con quién trabajaba su señora madre.

El deponente **José Daniel Estupiñán Vaquiro**, hijo de la demandante, manifestó que conoció a Álvaro porque su madre trabajó con él desde mayo del 2012 en el apartamento ubicado en el conjunto Mirandela, le pagaban el diario, lo que sabe, porque un día le preguntó a ella; entraba a las 7:30 a.m. y a veces salía a las 5:00 p.m., podía durar más de 12 horas. Igualmente refirió que, en dos oportunidades, fue al apartamento de Álvaro a mediados de junio del 2012 y en el 2013.

Robinsón Torres Villanueva, guarda de seguridad del conjunto Mirandela desde hace 20 años, señaló que conoce a la actora porque ésta iba al apartamento del señor Álvaro, no todos los días, a veces sí y otras no, la vio alrededor de dos o tres veces por semana aproximadamente, pero desconoce desde que año la empezó a distinguir. Aclaró que había suscrito declaración ante la Defensoría del Pueblo, señalando que la promotora de la litis asistía a la vivienda del demandado de lunes a sábado en un horario específico, sin embargo, aclaró que en su momento desconocía el contenido de dicho documento., pues por hacerle un favor a la demandante lo suscribió sin leer, por ello, redactó otro documento con la ayuda de la señora Rubiela administradora del Conjunto retractándose de la mentada declaración.

Juan Sebastián Valencia Sepúlveda, hijo de Álvaro Valencia Duque mencionó que tiene el conocimiento de que Beatriz esporádicamente acompañó a su señor padre a hacer diligencias desde el año 2012, al igual que la señora Clara, se comunicaba con cualquiera de las dos cuando necesitaba salir, y tiene entendido que les reconocía algo el día que lo acompañaban, entre \$20.000 y \$40.000. Igualmente, refirió que dicha relación culminó en febrero del 2018, cuando su padre ingresó a la clínica de Santa fe, por una crisis, ya que padecía de demencia y discinesia tardía, es así como, debido al estado mental de su progenitor, revisó sus cuentas y le preguntó a la demandante cuánto le debía, y ésta informó que Álvaro le adeudaba \$900.000 pesos; en ese momento le entregó \$300.000, el resto se lo pagó con posterioridad y firmaron paz y salvo, porque era lo que de buena fe creyó que debía su padre. Aclaró además que, desde el año 2012 el señor Valencia Duque requirió de asistencia para caminar, debido a que le daban ataques de pánico, los medicamentos lo mareaban y por el temor de caerse pedía el apoyo tanto de él, colmo de su otro hijo, de Clara y la señora Beatriz. En otro punto, mencionó que estuvo fuera del país desde noviembre de 2012 hasta el 2014 y desde ésta última anualidad visitaba a su progenitor de 2 a 3 veces por semana, advirtiéndole que siempre el apartamento estaba muy sucio y deteriorado e incluso encontró tarros de orines en las esquinas, igualmente su padre también mantenía sin bañarse y descuidó su higiene personal. Por otra parte precisó que cuando Álvaro tuvo la urgencia médica en febrero del 2018, le pidieron a Beatriz si podía quedarse una noche en la clínica prestándole acompañamiento, sin embargo, ésta indicó que se le imposibilitaba porque estaba cuidando a su nieto, pero como él y su madre

necesitaban descansar y requerían una persona que hiciera el turno, la demandante apartó el tiempo sólo por esa noche para quedarse en urgencias, oportunidad que fue donde le informó sobre la deuda de los \$900.000 y básicamente en ese momento se terminó esa relación entre ellos y la accionante.

El testigo **Iván Darío Valencia Restrepo** hijo del demandado y residente en Santiago de Chile, indicó que en el año 2012 se fue para Estados Unidos y desde esa anualidad hasta el 2018 no visitó a su padre porque se encontraba en el mencionado país, no conoce a la señora Beatriz y lo que sabe de ella es por lo comentado por su hermano Sebastián.

Por último, la testigo **Cindy Johanna Hernández Moreno**, médica y amiga de la familia del demandado, a quien visitó varias veces para realizarle lavados en los oídos, precisó que ello ocurrió unas cinco o seis veces aproximadamente entre los años 2011 a 2015; que Álvaro vivía sólo y presencié que el apartamento siempre estaba oscuro, casi nunca estaban las cortinas abiertas, desordenado, con libros y pocillos por todos lados, botellas de gaseosas, bolsas de domicilio y por eso, muchas veces le insistía y aconsejaba a Sebastián sobre la alimentación de su padre porque no tenía una nutrición balanceada, incluso lo visitó un día después de que tuvo una fractura de nariz y la sangre todavía estaba en el piso. Precisé además que no conoce a la demandante.

De lo anterior, se advierte en primer lugar, tal como lo concluyó el juez de primera instancia y no se discutió por la pasiva, que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio de la señora Beatriz Vaquiro Amaya a favor del demandado, pues así se aceptó desde la contestación de la demandada y se reitera además con los testimonios escuchados en juicio, concretamente con el dicho de Juan Sebastián Valencia Sepúlveda quien fue preciso en señalar que en efecto Beatriz acompañaba a su padre a caminatas, hacer diligencias y a citas médicas.

Por lo anterior, es claro que se activó a favor del demandante la presunción prevista en el pluricitado artículo 24 del CST, sin embargo, resulta oportuno aclarar que esta presunción no releva al trabajador de otras cargas probatorias tendientes a demostrar las condiciones en las que desarrolló la labor, como lo serían la fecha de ingreso y retiro, salario, cargo o jornada, como así lo ha

determinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diversas oportunidades, entre ellas, la decisión del 05 de agosto de 2009 radicado No. 36549, 06 de junio de 019 radicado 58895 y del 01 de diciembre de 2020, radicado 76645, esta última señaló:

*“En efecto, se ha considerado que al quedar demostrada la prestación personal del servicio, debe presumirse la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que por ello se releve al demandante de otras cargas probatorias, tales como acreditar **los extremos temporales de la relación**, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros (sentencia CSJ SL, 5 agosto 2009, radicado 36549).*

Conforme a lo expuesto, brilló por su ausencia prueba declarativa, documental o de cualquier otra índole que diera cuenta de la continuada e ininterrumpida prestación de ese servicio en los términos referidos en la demanda, y contrario a ello, con las declaraciones valoradas en conjunto se extrae que la promotora del proceso ejecutó algunos días, de manera ocasional su labor, como lo aseguró el hijo del demandado Juan Sebastián Valencia, al afirmar que su progenitor acudía a varias personas para que lo acompañaran a sus citas o diligencias, situación que se constata con la historia clínica del demandante en la que se advierte que acudió a sus citas médicas, no sólo con la demandante sino además con Clara Macías, Juan Sebastián Valencia, Robinson Torres, situación que contradice lo expuesto por la actora cuando señaló en su demanda que siempre acompañó al accionante a sus citas médicas pues laboró para él de lunes a sábado e incluso los domingos cuando la requería, evidenciándose entonces que no todos los días entre el 2012 y 2014 cumplió con su labor de acompañar al demandante.

Asimismo, Robinsón Torres Villanueva, guarda de seguridad del conjunto Mirandela, lugar donde residía el señor Álvaro Valencia vio ingresar a la señora Beatriz algunos días de la semana, pero no de manera continua lo que se acompasa con lo expuesto por Juan Sebastián quien asegura que esa prestación fue muy ocasional y la historia clínica que da cuenta que siempre la señora Beatriz Vaquiro fue la acompañante del demandado.

Y aunque los testigos Liz Adriana Fonseca Vaquiro y José Daniel Estupiñán Vaquiro señalaron de manera coincidente que su señora madre laboró de manera ininterrumpida con el señor Álvaro Valencia de lunes a sábado con el cumplimiento de un horario, no les consta de manera directa dicha situación pues su conocimiento proviene de lo dicho por la propia convocante, y entre el 2012 al 2018 tan solo acudieron dos veces a la casa del señor Álvaro, por ende sus declaraciones no forman el convencimiento de esta Sala pues solo pueden acreditar el relato de la señora Beatriz Vaquiro.

Tampoco los testimonios de Iván Darío Valencia Restrepo y Cindy Johanna Hernández Moreno, nada aportan en este aspecto pues el primero no residía en Colombia para la época de los hechos y la segunda no conoció a la señora Beatriz.

Así pues, era carga probatoria de la promotora del proceso demostrar los extremos temporales del contrato y en caso de haber laborado por días, acreditar en el plenario en concreto cuántos y cuáles días prestó sus servicios, pues, conforme precisó en líneas anteriores, si bien se presume la existencia del contrato de trabajo con la sola prestación personal del servicio, ello no exime a la parte actora de demostrar otros supuestos trascendentales para la prosperidad del reclamo, como los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral, y demás hechos que enarbole como causa de sus pretensiones (SL676 – 2021), so pena que la decisión que ponga fin a la controversia le resulte adversa ante la imposibilidad de proferir condena en concreto como aquí acaeció.

En consecuencia, se revocará la decisión del juez de primera instancia, y en su lugar se absolverá al demandado de todas y cada una de las pretensiones.

Sin condena en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte actora.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia proferida el 7 de marzo de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **ABSOLVER** al señor **ÁLVARO VALENCIA DUQUE** de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora **BEATRIZ VAQUIRO AMAYA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Sin costas de esta instancia y las de primera a cargo de la demandante.

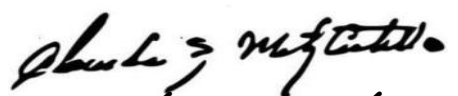
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SALA LABORAL

Magistrada Ponente:

LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105008 2018 00363 01

Demandante: Jimmy Gerardo López Ortiz

Demandado: Centinel Seguridad Ltda. hoy Expertos en Seguridad Limitada

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Jimmy Gerardo López Ortiz**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la sociedad Centinel Seguridad Ltda., con el fin de que se declare que la terminación del contrato de trabajo por parte de la demandada el 8 de febrero de 2017 se constituyó en un despido sin justa causa. En consecuencia se eleve condena al pago de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa establecida en el artículo 64 del CST, en razón al tiempo que le faltare para la culminación de la obra o labor contratada entre el

8 de febrero de 2017 y el 30 de diciembre de 2018, la sanción moratoria del artículo 65 del CST e, indemnización dispuesta en el artículo 2 de la Ley 31 de 1997 y las costas del proceso.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas, el actor en síntesis, señaló en lo que respecta al presente estudio que:

1. El 28 de noviembre de 2016 fue vinculado por la demandada mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor, consistente en la ejecución del contrato de prestación de servicios de seguridad n° 510 del 26 de febrero de 2016 celebrado entre la Unidad Nacional de Protección- UNP y la Unión Temporal Protección Colombia 4-16.
2. Centinel Seguridad Ltda. pertenece a la Unión Temporal Protección Colombia 4-16.
3. Desempeñaba el cargo de escolta.
4. Estaba asignado al esquema de seguridad de las protegidas Lucy Marleny Arcos y Justina Copete.
5. Reportaron a la Unidad Nacional de Protección y a su empleador, el uso inadecuado del esquema de seguridad, conforme a la cláusula 2° numeral 20 del contrato de trabajo.
6. El 7 de febrero de 2017 la Unidad Nacional de Protección solicitó a la sociedad demandada la rotación del esquema de seguridad de las protegidas Lucy Marleny Aros y Justina Copete e informaron la designación de un nuevo escolta, el señor Oscar Ariza.
7. El 8 de febrero de 2017 Centinel Seguridad Ltda. finiquitó su contrato de trabajo, argumentando que había finalizado la obra o labor, en razón a la terminación del contrato suscrito entre la Unidad Nacional de Protección- UNP y la Unión Temporal Protección Colombia.
8. El contrato de prestación de servicios n° 510 de 2016 no finalizó el 8 de febrero de 2017, pues tenía una vigencia de 24 meses con fecha de ejecución del 1° de marzo de 2016 al 31 de enero de 2018, según la

información registrada en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP).

9. EL 29 de enero de 2018 la demandada suscribió otro si modificatorio n° 10 al contrato de prestación de servicios No. 510 de 2016, prorrogando el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2018.
10. El 16 de mayo de 2018 elevó solicitud mediante correo electrónico del pago de la indemnización por despido injustificado, moratoria y por el despido en debilidad manifiesta, sin que a la fecha la accionada haya dado respuesta.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 21 de junio de 2018 (f.º 70 archivo 1), fue inadmitida con proveído del 24 de agosto de la misma anualidad (archivo 12 archivo 1), y subsanados los yerros anotados por el despacho de conocimiento (f.º 72 archivo 1), se procedió a emitir el correspondiente auto admisorio por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de octubre de 2018 (f.º 73 archivo 1), notificándose de manera personal el 23 de enero de 2020 (f.º .92 archivo 1).

Centinel de Seguridad Ltda., en su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de ingreso del demandante mediante contrato de trabajo en el cargo de escolta, asignado al esquema de seguridad de la protegida Lucy Marleny Arcos y Justina Copete, las funciones asignadas, y el salario devengado, que el contrato n° 516 suscrito con la Unidad Nacional de Protección no finalizó el 8 de febrero de 2017, el término de vigencia del mismo por 24 meses y el otro sí modificatorio prorrogando su plazo de ejecución. Como fundamento argumentó que la terminación del contrato del demandante obedeció a un modo legal, correspondiente a la finalización de la obra o labor contratada establecida en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., que en este caso, estaba sujeta a la duración de un esquema de seguridad

en cumplimiento de un contrato comercial celebrado entre la accionada y otra entidad, y no por la duración del mencionado contrato.

Propuso las excepciones de pago de los derechos legalmente causados, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, falta de título y de causa en el demandante, compensación y prescripción. (fº. 93 a 94 archivo 1).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 2 de FEBRERO de 2023, dispuso (archivo 09):

PRIMERO: CONDENAR a la demandada EXPERTOS EN SEGURIDAD LTDA al reconocimiento y pago de la suma de \$31.760.894, suma que deberá pagarse debidamente indexada, por concepto de indemnización por despido sin justa causa conforme al art. 64 del C.S.T. y en armonía con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir a juicio de la demandada y falta de título y causa en el demandante y declarar probada la de pago de los derechos legalmente causados, y se releva el Despacho del estudio de las demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada EXPERTOS EN SEGURIDAD LTDA, liquidense por secretaria fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante de conformidad con las razones precedentemente expuestas.

Con relación a la pretensión de indemnización por despido injusto, concluyó luego de confrontar el contenido del contrato de trabajo con la declaración del representante legal de la sociedad accionada, que la obra o labor contratada con el señor Jimmy López se encontraba supeditada a la ejecución del contrato de prestación de servicios n° 510 del 27 de febrero de 2016, toda vez que la actividad desarrollada por el accionante era la de

escolta, es decir, la labor para la cual fue contratado el actor devino de la contratación celebrada entre la UNP y la Unión Temporal de Protección Colombia 4-16, de la cual hacía parte integrante Centinel de Seguridad Ltda. hoy Expertos en Seguridad Ltda.

Señaló que la carta de terminación del vínculo de trabajo hizo alusión a la culminación del contrato comercial el 8 de febrero de 2017, no obstante, conforme se indicó desde la contestación de la demanda, y se afirmó en el interrogatorio del representante legal de la pasiva, el mismo fue prorrogado mediante otro sí modificatorio hasta el 31 de diciembre de 2018.

Mencionó que, la simple solicitud de cambio o retiro del escolta por parte de la UNP no es suficiente, pues en el contrato de trabajo suscrito por las partes, se acordó que en ese evento la solicitud de retiro debía ser motivada en razón al irrespeto o incumplimiento de las funciones legales, contractuales o reglamentarias por parte del escolta o de las expectativas y requerimientos para el cargo, o porque fuese cancelado el esquema de seguridad específico para el cual fue contratado, sin que ocurriera ninguno de tales eventos, pues las comunicaciones electrónicas aportadas al plenario, no señalan las razones que motivaron la solicitud de cambio de esquema de seguridad del señor demandante y en todo caso, el móvil para la terminación del contrato la constituyó la finalización del acuerdo de prestación de servicios No. 510 previamente referido.

5. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación bajo el argumento que si bien es cierto la sociedad al parecer se equivocó cuando indicó al demandante que la obra o labor había terminado debido a la expiración del contrato de prestación de servicios entre la UNP y Centinel, lo cierto es que el finiquito contractual tuvo lugar porque la misma UNP solicitó esa rotación del escolta demandante, de suerte que, el hecho de que se hubiese consignado en la carta de finalización del contrato la culminación de la obra o labor, se entiende que fue por una causa legal, distinta al despido

con justa causa. En segundo lugar, según el despacho la carta de terminación debía estar motivada en los términos del parágrafo de la cláusula 10° del contrato de trabajo, es decir que la UNP debió explicar las razones al trabajador de su decisión., sin embargo, conforme a la norma contractual mencionada, dicha entidad podía solicitar el cambio cuando el trabajador no cumpliera con sus expectativas y requerimientos del cargo, por lo que era suficiente con la comunicación de la UPN informando de la rotación del demandante como escolta, y en tal sentido, se configuró la causal objetiva o legal de terminación del contrato de trabajo.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, el demandado allego escrito ratificando lo expuesto en el recurso de alzada. Enfatiza que no acogerse los argumentos, se tenga en cuenta que es equivocada la consideración de la juez de primer grado cuando determinó que la obra o labor determinada se extendió hasta la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito con la UNP, pues en el texto del contrato de trabajo se lee que la duración o la labor estaba condicionada a la existencia del esquema de seguridad PC- R1, y cuando desapareciera ese esquema concluía la obra, independientemente que el contrato de prestación de servicios se extendiera en el tiempo, sin que dentro del proceso se demostrara cuando concluyó ese esquema de seguridad, por lo que debió darle aplicación al artículo 64 del CST y condenar al pago de 15 días de indemnización.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, corresponde a la Sala en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPT y de la SS; determinar si la terminación del contrato de trabajo en cabeza del empleador se constituyó en la causa legal o si por el contrario le asiste razón al *a quo* en ordenar la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del CST.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar las inconformidades plateadas por la parte demandada al sustentar su recurso de apelación.

Una precisión es necesaria, Expertos en Seguridad Limitada en los alegatos presentados en esta instancia, señala que en este asunto no se demostró cuando concluyó la obra o labor determinada del demandante y por ende, en caso de la confirmación de la condena se debe aplicar la indemnización del artículo 64 del CST, sin embargo, este punto no fue objeto de ataque, esto es, el *quatum* no fue objeto de ataque en el recurso de alzada. Por lo tanto, lo alegado por dicha parte en esta sede, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

(...) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar, los puntos esgrimidos a la hora de sustentar la alzada.

De la causa legal de terminación del contrato.

Dentro del presente asunto no es objeto de debate y se encuentran plenamente acreditado dentro del proceso que: i) entre Jimmy Gerardo López Ortiz y Centinel de Seguridad Ltda., hoy Expertos en Seguridad Limitada existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada con fecha de inicio el 28 de junio de 2016 (fº. 115 a 123 archivo 1) y, ii) que el vínculo laboral terminó el 8 de febrero de 2017 por decisión del empleador (fº. 49 archivo 1).

La parte demandante alega que no es cierto lo consignado en la carta de terminación de su vínculo de trabajo, mediante el cual se informa que la obra o labor contratada finalizó, en razón a que el contrato de prestación de servicios suscrito entre la Unidad Nacional de Protección – UNP y la Unión Temporal Protección Colombia terminó el 8 de febrero de 2017, toda vez que dicho convenio tenía una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018.

La convocada a juicio, al contestar la demanda se opuso a los pedimentos elevados por la parte actora, pues afirmó que la Unidad Nacional de Protección, solicitó la rotación del demandante, circunstancia que se acordó en el parágrafo 1º de la cláusula décima del contrato de trabajo, como constitución de la finalización de la obra o labor contratada. Así lo indico expresamente al dar respuesta a los hechos 16 y 18 de la demanda.

El juez de primera instancia concluyó que en el presente asunto no se acreditó la causa legal de terminación de la relación laboral por obra o labor, toda vez que el contrato de prestación de servicios de escoltas suscrito entre la Unidad Nacional de Protección – UNP y la demandada no había finalizado. De otro lado, señaló que en la carta de despido no se mencionó la causal alegada por el convocado, relacionada con la solicitud de rotación de la UNP

y aun cuando así hubiese ocurrido, la misma no fue motivada con ocasión a lo acordado en el contrato de trabajo.

Así las cosas, para resolver el asunto se debe tener en cuenta que el artículo 45 del CST, establece que es la obra o labor la que delimita la vigencia de este específico tipo de contrato laboral y, el literal d) del numeral 1° del artículo 61 del CST prevé que, una vez concluida la obra, termina la atadura.

Al respecto, nuestro órgano de cierre, ha precisado, entre otras, en sentencia SL2934-2023 que *“cuando se acude a esta clase de contrato, se entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas o, en otros términos, que la fecha de finalización es determinable y depende de la culminación de la obra o la tarea contratada (CSJ SL39050-2013), siendo que la expiración del vínculo comercial entre las sociedades, es asimilable a la terminación de la labor pactada, lo que se constituye en razón suficiente para que se finiquiten los contratos de trabajo que derivaban de aquella o que tenían su razón de ser en el pacto entre las empresas (CSJ SL15170-2015).*

Ahora, como se expuso, no ofrece discusión respecto de la modalidad del contrato de trabajo por obra o labor, como tampoco el hecho del despido. La controversia gira en torno a la configuración de la causa legal de la finalización del vínculo laboral.

En la carta de terminación del contrato, de fecha 8 de febrero de 2017, (fº. 49 archivo 1), se expuso como motivo para dar finalizado el vínculo laboral al demandante las siguientes:

“De conformidad con lo pactado en la Cláusula Décima de su contrato de trabajo, la labor determinada para la cual Usted fue contratado como Escolta, finaliza el día 08 de Febrero de 2017, toda vez que en la citada fecha termina el contrato de prestación de servicios de Escoltas, suscrito entre la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN – UNP Y LA UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN COLOMBIA 4- 16.

La presente comunicación tiene por objeto poner en su conocimiento, la existencia de la condición pactada en su contrato de trabajo, de conformidad con lo establecido en el literal d del art. 61 del C.S.T., Subrogado por el art. 5° de la ley 50 de 1990...”

Según el contenido de la anterior misiva, la terminación del contrato tuvo su fundamento en lo indicado en la cláusula décima del contrato de trabajo y por la finalización del contrato de prestación de servicios de Escoltas suscrito entre la Unidad Nacional de Protección – UNP y la Unión Temporal de Protección Colombia 4-16.

Así las cosas, forzoso resulta remitirnos al contrato de trabajo suscrito entre el accionante y Centinel de Seguridad Ltda., en cuya clausula primera se dispuso (f°.16 a 24 archivo 1):

“CLAUSULA PRIMERA- OBJETO: El empleador contrata los servicios personales del (la) trabajador (a) para desempeñar en forma exclusiva las funciones inherentes al cargo de ESCOLTA, así como la ejecución de las tareas ordinarias y anexas al mencionado cargo, de conformidad con los reglamentos, órdenes e instrucciones que le imparta el empleador, observando en su cumplimiento la diligencia y el cuidado necesario, dentro del esquema de seguridad PC-R1 constituido en ejecución de contrato de prestación de servicios de seguridad No. 510, celebrado entre UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN – UNP Y LA UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN COLOMBIA 4-16”.

Igualmente, se estableció en la cláusula décima parágrafo primero del contrato:

“CLAUSULA DÉCIMA – TERMINACIÓN:

PARÁGRAFO PRIMERO- En razón a la modalidad del contrato de trabajo POR LA DURACIÓN DE UNA OBRA O LABOR DETERMINADA, las partes acuerdan que el solo hecho que la empresa a la cual el trabajador está asignado, que para en caso es UNP, solicite el cambio del mismo porque no cumple con sus expectativas y requerimientos para el cargo, o que sea cancelado el esquema de seguridad específico para el cual fue contratado, tal situación podrá ser considerada como causal que justificará la terminación del contrato, lo cual el trabajador desde ya reconoce y acepta”.

Así las cosas, aflora de manera cristalina que la determinación de la duración de la obra o labor contratada estaba supeditada a dos causas: i) la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 510 celebrado entre la Unidad Nacional de Protección- UNP y la Unión Temporal Protección Colombia 4-167, por medio del cual se constituyó el esquema de seguridad PC-R1, ii) conforme a lo acordado en la cláusula décima del contrato de trabajo, a la solicitud del cambio elevado por la UNP porque el trabajador no cumple con sus

expectativas y requerimientos para el cargo o por cancelación del esquema de seguridad específico para el cual fue contratado.

En el plenario, reposa el otro sí modificatorio No. 11 del contrato de prestación de servicios No. 510 de 2016, suscrito entre la Unidad Nacional de Protección- UNP y la Unión Temporal Protección Colombia 4-16, en el cual se indica que entre las partes se suscribió dicho contrato el 26 de febrero de 2016, el plazo de ejecución se estableció hasta el 31 de enero de 2018 y que, el 29 de enero de 2018 se suscribió Modificación No. 10 prorrogando su plazo hasta el 31 de diciembre de 2018 y/o agotar los recursos. (fº. 52 a 54 archivo 1).

Igualmente reposa copia de comunicación electrónica del 7 de febrero de 2017 en donde la señora Luz Marina Cifuentes Ramos de la UNP solicita la rotación del escolta Jimmy Gerardo López del esquema de Lucy Marleny Arcos y Justina Copete a otro que requiera sus servicios (fº. 126 archivo 1).

Copia de correo electrónico del Coordinador Operativo de la Unión Temporal Colombia 4-16 en la cual señala que de acuerdo a las instrucciones se diera por terminado el contrato al escolta Jimmy Gerardo López Ortiz (fº.48 archivo 1).

De otro lado, Jimmy Gerardo López Ortiz manifestó a la hora de absolver el interrogatorio que no era cierto que a la terminación del contrato le informaran que la obra o labor finalizaba por requerimiento de la UNP, pues, el Coordinador solamente le manifestó que se cancelaba el contrato.

Andrés Felipe Ramírez Roldán representante legal de la sociedad Expertos en Seguridad Ltda., antes Centinel de Seguridad Limitada manifestó en su interrogatorio que, el contrato del demandante estaba supeditado no sólo al contrato de prestación de servicios n° 510., sino a un clausulado del convenio laboral, en el cual se establecía que la obra o labor también terminaba con la solicitud motivada por parte de la Unidad Nacional de Protección, que fue lo que sucedió en este caso. Afirmó que el contrato comercial suscrito entre

la UNP y la Unión Temporal Protección Colombia continuó vigente luego del finiquito contractual con el demandante, con los escoltas que estaban asignados a los diferentes esquemas, sin embargo, para el caso del accionante la terminación lo fue por lo contemplado en la cláusula décima del contrato de trabajo. No tiene conocimiento de la fecha finalización del contrato 510 al 30 de diciembre de 2018, pero continuó unos meses más.

En este orden, tal como lo precisó la juez de primer grado, en el asunto está plenamente demostrado que el contrato de prestación de servicios previamente mencionado no finiquitó para la fecha de culminación del contrato del señor López Ortiz, así se aceptó desde la contestación de la demanda, con el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad enjuiciada y el otro sí al contrato en la que se advierte la prórroga del mismo, de suerte que es evidente que la carta del despido señaló una circunstancia alejada de la realidad, en tanto que al tenor literal afirmó que el pluricitado acuerdo comercial había culminado.

No obstante lo anterior, también en dicho documento quedó plasmado que la terminación de la relación laboral lo fue de conformidad con lo pactado en la Cláusula Décima de su contrato de trabajo, bajo ese entendido, contrario a lo concluido por la *a quo*, no sólo se expuso como motivo de la decisión del empleador, la consumación del contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, la juez de instancia afirma que la carta de terminación no fue motivada con ocasión a lo acordado en el contrato de trabajo, tesis que discrepa la Sala, toda vez que el empleador en la misiva que comunica la decisión de finalizar el vínculo laboral bien puede invocar la norma que da origen a la determinación o indicar los hechos. Y en este caso, el demandado invocó la norma que fue la cláusula decima del contrato de laboral.

En los anteriores términos lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral en sentencia SL13244-2017:

La jurisprudencia de esta Sala, sobre los aspectos aquí tratados ha enunciado lo siguiente:

En la sentencia CSJ- SL 7038-2017, sobre el contenido de la carta de despido:

*“Aunque es indispensable que en la carta de despido se señalen los motivos por los cuales prescinde de los servicios del trabajador, el empleador cumple con esa carga describiendo los sucesos que soportan la medida, o **invocando el precepto legal eventualmente trasgredido por el empleado,** o ambos si lo prefiere”*

Y de acuerdo con las pruebas documentales allegadas, está probado que lo indicado en la cláusula decima “que para en caso es UNP, solicite el cambio del mismo porque no cumple con sus expectativas y requerimientos para el cargo” se dio, en tanto que, obra comunicación de la UNP de 7 de febrero de 2017 por medio de la cual se solicita la rotación del escolta Jimmy Gerardo López del esquema de Lucy Marleny Arcos y Justina Copete y a su vez, la la Unión Temporal Colombia 4-16, de acuerdo a las instrucciones anteriores solicitó la terminación del contrato al escolta Jimmy Gerardo López Ortiz.

Por todo lo expuesto, no queda otro camino que revocar la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, para en su lugar absolver de las pretensiones del libelo incoatorio.

Costas

Sin costas en esta instancia, comoquiera que salió avante el recurso de apelación propuesto por la demandada. Las de primera estarán a cargo de la demandada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 2 de febrero de 2023, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las consideraciones expuestas y en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada Centinel Seguridad Ltda. hoy Expertos en Seguridad Limitada de la indemnización por despido sin justa causa pretendida por Jimmy Gerardo López Ortiz

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo del demandante y a favor de Expertos en Seguridad Limitada.



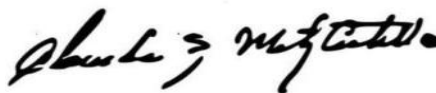
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105001 202100373 01
Demandante: Felipe Andrés Ramírez Reyes
Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Danna Karina Leal Fuentes, identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.098.781.576 y T.P. No. 339.423 del C.S. de la J. (f. 4 archivo 5 Carpeta 2)

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Exp. No. 001 2021 00373 01

El señor **Felipe Andrés Ramírez Reyes**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. con el fin de obtener las siguientes pretensiones (folios 11 y 12 archivo 01):

“DECLARATIVAS

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la afiliación y el traslado suscrito por el demandante **FELIPE ANDRÉS RAMÍREZ REYES** con la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, por ineficacia de la misma, ya que esta se encuentra viciada de nulidad por vicios del consentimiento (error, dolo) inducción en error de hecho.

SEGUNDO: Declarar que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación y el traslado suscrito por el demandante **FELIPE ANDRÉS RAMÍREZ REYES** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se reconozca a este Demandante como afiliado al **RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA** con la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** conforme a la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo estipulado en la Ley 797 de 2003 y demás normas atinentes a dicha materia.

CONDENATORIAS

PRIMERO: Condenar a la Demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación y el traslado suscrito por el demandante **FELIPE ANDRÉS RAMÍREZ REYES** al reconocimiento y pago de los daños y perjuicios de orden moral y material causados a mi poderdante.

SEGUNDO: Condenar a la Demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscrito por **FELIPE ANDRÉS RAMÍREZ REYES**, a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho que correspondan.

TERCERO: Condenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a todo aquello que resulte a favor del demandante con motivo de las declaraciones “extra y ultra petita” que resultaren probadas.

CUARTO: Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** el capital de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros y demás valores a que haya lugar que se encuentren a nombre del demandante en el fondo de pensiones obligatorias, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación y el traslado suscrito por el demandante ante la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

QUINTO: Condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación y el traslado suscrito por el demandante ante la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, acepte y reciba como su afiliado en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al demandante señor **FELIPE ANDRÉS RAMÍREZ REYES**.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 29 de octubre de 1966.
2. Trabajaba en la empresa Química Aromática Andina Ltda., cuando el 6 de agosto de 1994 llegó una asesora de Protección S.A., quien le indicó que el sistema pensional estaba en crisis y los fondos privados se habían creado para aliviar la carga pensional del país y ayudar a las personas a conseguir mejores pensiones al momento de retirarse.
3. El asesor comercial le informó que el Seguro Social era una entidad pública con problemas financieros y presupuestales y se iba a acabar, igualmente, la ilustró sobre todos los beneficios de trasladarse a Protección S.A., empresa privada, seria y transparente, con el respaldo y la capacidad económica para responder por su pensión, además que la pensión era superior.
4. El asesor comercial no le hizo cálculos, simulaciones o comparaciones de las mesadas, ni le recomendó asesorarse con alguien del Seguro Social o de algún fondo privado.
5. Se quedó en Protección S.A. por la falta de claridad y de asesoramiento para decidir cuál era su mejor opción pensional.

6. Se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante solicitud radicada el 6 de agosto de 1994 con fecha de efectividad el 1° de septiembre del mismo año con la AFP Protección.
7. Tiene un total de 976 semanas cotizadas entre el ISS y el régimen de ahorro individual.
8. Para la fecha en que cumplió los 52 años, no recibió comunicación de Porvenir S.A. en la que se evaluaran sus condiciones de permanencia en el RAIS.
9. Porvenir S.A. omitió igualmente brindarle información al no asesorarlo oportunamente cuando todavía podía trasladarse de régimen, las que implicaron un perjuicio notorio a los intereses del accionante.
10. En comunicación del 2 de mayo de 2019, Porvenir S.A. realiza comparativo pensional según solicitud elevada ante dicha administradora, en la que se informa que sin volver a cotizar obtendría una mesada a los 62 de \$1'150.300 y a los 63 años de \$1'269.100, mientras que en el régimen de prima media a los 62 años correspondería a una mesada pensional de \$3'990.000.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 02 de julio de 2021 (archivo 4) y fue admitido el libelo introductorio con proveído del 11 de enero de 2022 (archivo 5).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las súplicas; en cuanto a los hechos aceptó las calendas de nacimiento del actor y el de su traslado a Protección S.A. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica (archivo 6).

Exp. No. 001 2021 00373 01

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda; dijo no constarle y no ser ciertos la totalidad de fundamentos fácticos relacionados por la parte actora. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (archivo 7).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. se resistió a las pretensiones del libelo introductor, en relación a los supuestos fácticos tuvo como ciertos las fechas de nacimiento del actor y de su afiliación a dicha AFP. Como sustento de su defensa manifestó que el acto jurídico celebrado entre el demandante y esa AFP cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos derivados de este, como tampoco puede el demandante pretender la nulidad soportada en sus expectativas económicas respecto del valor de su mesada pensional, ya que un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica del mismo. Formuló las excepciones denominadas: 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, buena fe; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 14 de septiembre de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 16):

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor **FELIPE ANDRÉS RAMÍREZ REYES**, identificado con la C.C. No 80.398.695, a través del fondo

administrado por las sociedades demandadas **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: **ORDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** autorizar el traslado del demandante señor **FELIPE ANDRÉS RAMÍREZ REYES**, identificado con la C.C. No 80.398.695 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: **ORDENAR** a las **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** trasladar con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** los aportes efectuados por el demandante señor **FELIPE ANDRÉS RAMÍREZ REYES**, identificado con la C.C. No 80.398.695, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: **DECLARAR** que la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: **DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEXTO: Costas a cargo de las demandadas en la presente instancia.

SÉPTIMO: Absolver a las demandadas de los demás reclamos impetrados en la demanda.

Para arribar a tal conclusión, precisó, luego de realizar un recuento normativo y jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, concretamente que en la sentencia SL56174 de 2019, y sobre el deber de las administradoras de pensiones de brindar información clara, comprensible y suficiente de los afiliados, no solo en lo favorable, sino principalmente en lo desfavorable, situación que no se dio en el presente asunto, en tanto que los fondos privados demandados lo omitieron para ello, también señaló que la suscripción del formulario de vinculación en modo alguno puede entenderse como un consentimiento informado, la procedencia de la ineficacia no depende de que se compruebe la intención de retornar al régimen público de pensiones dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional y, no es ineludible que el afiliado pertenezca al régimen de transición.

Refirió igualmente que la permanencia del demandante en el RAIS y los movimientos entre administradoras del régimen de ahorro individual no significa una ratificación o convalidación del acto inicial de traslado, cuando la validez del mismo está supeditada en razón al incumplimiento del deber de información.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *a quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, de la siguiente manera:

Colpensiones sentó su inconformismo frente a que la declaración de la ineficacia del traslado conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad. Que el demandante no puede estar exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010 que expresamente establece las obligaciones de los afiliados del sistema general de pensiones. El actor tampoco se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro

pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto. Igualmente, indicó que el demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al régimen de ahorro individual contenidos en el mismo formulario, como son el retracto y la rescisión. De otro lado, señaló que se debe tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2009, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional contemplado en el artículo 48, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 del año 2005, recalcando que el principio del interés general debe primar sobre el particular, por cuanto la declaración de ineficacia sí va a afectar el patrimonio público, toda vez que se tendría que pagar la pensión que llegare a recibir el demandante, quien efectuó un ahorro individual y no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su pensión.

Igualmente, señaló que no comparte la condena en costas como quiera que Colpensiones i) no intervino en la decisión del demandante de trasladarse del RPM al RAIS, ii) la entidad no es la causante de que se declare la ineficacia de traslado, iii) ha sido convidado a este proceso por obligación y iv) la oposición a la solicitud del accionante en sede administrativo y dentro del presente proceso ha sido con fundamento en las normas jurídicas vigentes.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., solicitó se revoque parcialmente la decisión adoptada en relación al traslado de los gastos de administración, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los seguros previsionales y demás emolumentos que se ordenan devolver debidamente indexados, como quiera que, al trasladarse el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros, se estaría compensando el presunto detrimento patrimonial que hubiese podido sufrir los dineros o los recursos del capital del convocante. Además, con la orden de retornar estos dineros a Colpensiones se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la Administradora del RPM y un detrimento patrimonial a Porvenir.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, los recurrentes se ratificaron en lo expuesto en los recursos de alzada y la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia de primer grado.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

- i)* ¿En el año 1994, la AFP no tenía la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social?
- ii)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima, en caso afirmativo, ¿deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iv)* La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Porvenir S.A. y Protección S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que el actor tenía el deber de informarse respecto del acto jurídico del traslado de régimen; en este

sentido se recuerda que era la AFP Protección quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna en dicho acto jurídico, sin embargo, se entiende que la misma tiene legitimidad para cuestionar este punto, en tanto que, con la declaratoria de la ineficacia, recae sobre ella la obligación de recibir al demandante en el RPM.

Por lo anterior, se hace necesario hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).
2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).
3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

4. Si se argumenta que, al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió la información, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo, corresponde la carga probatoria a su contraparte, administradora demandada, demostrar que sí la brindó.

La carga de la prueba en cabeza de las AFP es, además, una manera de igualar las asimetrías de poder en las relaciones entre afiliados y éstas; pues como está decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral “la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual», pues mientras que la primera cuenta con una estructura corporativa especializada, experta y profesional, con capacidad de conocer los detalles de su servicio, el segundo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas que muchas veces no conoce ni domina, asimetría que puede acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los afiliados (CSJ SL1688-2019)¹²”.

Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**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. El empleador o cualquier

Exp. No. 001 2021 00373 01

persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: “REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues

es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en que el actor suscribió afiliación a Protección S.A. el 8 de agosto de 1994 (fº. 70 archivo 8); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), *“entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna”* (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre

impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155 2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205 2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por el demandante el 8 de agosto de 1994 a través de Protección S.A. (fº.70 archivo 1), se anota con la leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: copia de la cédula de ciudadanía (fº. 40 archivo 1), certificación emitida por Asofondos (fº. 43 y 44 archivo 1), solicitudes elevadas ante Protección y Porvenir con las respuestas efectuadas por las mismas (fº. 45 a 56 y 68 archivo 1), simulación pensional (fº. 64 a 67 archivo 1), formularios de afiliación a Colmena y Porvenir (fº 71 y 72 archivo 1 y archivos 49 y 50 archivo 8), calculo pensional aportado por la parte demandante (fº. 73 a 75 archivo 1), expediente administrativo del actor aportado por Colpensiones (fº. 56 a 325 archivo 1), historial de vinculaciones de Asofondos (fº. 87 y 88 archivo 7 y 47 archivo 8), comunicados de prensa (fº. 91 a 92 archivo 7 y 53 a 55 archivo 8), conceptos de 15 de enero de 2020 y 29 de diciembre de 2015 de la

Superintendencia Financiera de Colombia (fº. 94 a 100 archivo 7 y 51 del archivo 8); relación histórica de movimientos, relación de aportes e historia laboral consolidada emitidas por Porvenir S.A. (fº. 101 a 129 archivo 7)., resumen historia laboral emitida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fº. 130 a 133 archivo 7), certificado de afiliación del actor a Porvenir (fº. 134 archivo 7), comunicación del 15 de septiembre de 2017 de Porvenir dirigida al demandante sin constancia de recibo informando que tiene hasta los 51 años para decidir en qué régimen quedarse (fº. 135 y 136 archivo 7), captura de pantalla aplicativo AS400 sobre el estado de afiliación del actor en Protección (fº. 34 archivo 8); reporte estado de cuenta de Protección S.A. (fº. 35 a 46 archivo 8); no permiten colegir que la AFP Protección haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que el demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ahora, **Felipe Andrés Ramírez Reyes** a la hora de rendir interrogatorio informó que no recuerda si cuando se trasladó a Protección le informaron que pasaría con las semanas cotizadas anteriormente, si le realizó preguntas al asesor de Protección, como tampoco si le informaron de aportes voluntarios; los asesores fueron enfáticos en decir que iba a tener mejor pensión y mejores rendimientos, no le hablaron de la pensión de vejez anticipada, ni del bono pensional. Nunca recibió información comparativa, no sabía sobre el derecho de retracto, no recibió comunicado de Porvenir previo al cumplimiento de los 52 años en el que se le informara la posibilidad del traslado de régimen, le dijeron que el Seguro Social se iba a quebrar e iba a perder su plata, no se trasladó antes porque no sabía de la situación, estaba convencido que estaba en el mejor sistema. No leyó los formularios que suscribió con los fondos privados, se supone que es una entidad seria y confió en lo que decía la persona.

De la respuesta brindada por Felipe Andrés Ramírez Reyes, no se puede establecer que, exista confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del

artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, sin que de este modo ninguna de las afirmaciones del actor de cuenta de información alguna brindada por la administradora del fondo privado para el momento del traslado de régimen pensional.

En síntesis, las AFP pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con la suscripción del formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin embargo, pasaron inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si el demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

El apoderado de Porvenir S.A. aduce que no hay lugar al traslado de los anteriores conceptos como tampoco su indexación, en la medida que con los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y

los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, en este aspecto se modificará el ordinal tercero de la sentencia, en el sentido de, ordenar la indexación únicamente de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, debiendo el fondo de pensiones discriminar los conceptos al momento de cumplirse la orden, es decir, indicarse sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

3. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Como se expuso, el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la

obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a Porvenir S.A. y Protección S.A. contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. De la condena en costas

Reprochó el apoderado de Colpensiones la condena impuesta por concepto de costas, punto en el que le asiste razón al recurrente, pues ésta no participó en el acto del traslado de régimen del demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en este organismo, en ese sentido se revocará la decisión para en su lugar absolver a la Administradora del RPM por este concepto.

Por otro lado, se condenará en costas a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por haber apelado y haberse despachado sus argumentos de forma desfavorable. No se fulminará condena por este concepto a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pues salió victorioso su argumento en la alzada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada, en el sentido de precisar que la indexación ordenada procede únicamente respecto de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

Exp. No. 001 2021 00373 01

mínima, y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor en el RAIS.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A ya la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO. - REVOCAR parcialmente el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a Colpensiones de la condena en costas.

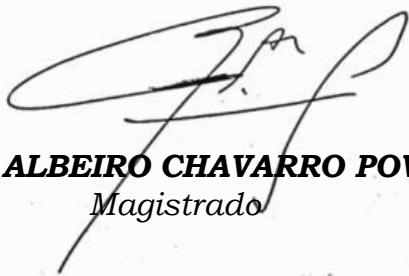
CUARTO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

QUINTO. - Costas en esta instancia a cargo de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

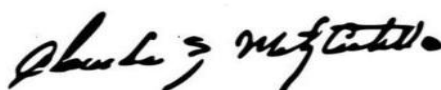
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada

Exp. No. 001 2021 00373 01



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105039 2022 00220 01
Demandante: Ariel Manuel Ortega Morales
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones y Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Reconocer personería para actuar como apoderado principal de Colpensiones a la Doctora Jahnnik Ingrid Weimanns Sanclemente, identificada con la cedula de ciudadanía No. 66'959.623 y T.P. 121.179 del C.S. de la J., en su calidad de representante legal de la firma UNIÓN TEMPORAL W&WL identificada bajo el NIT 900.442.223-7 y como apoderado sustituto a Juan Pablo Melo Zapata identificado con C.C. 1.030.551.950 y portador de la T.P. 268.106 del C.S. de la J. (fº 1 y 6 a 19 archivo 8).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Ariel Manuel Ortega Morales actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (archivo 1):

“Declarativa

*Que se **DECLARE** la INEFICACIA del traslado en pensiones del RPMPD hoy a cargo de COLPENSIONES, hacía el RAIS – PORVENIR declarando que siempre ha estado válidamente afiliado a COLPENSIONES sin solución de continuidad.*

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se profieran las siguientes condenas:

De condena

Primera: *Que se CONDENE a **PORVENIR**, a devolver al RPMPD todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como; rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos.*

Segundo: *Que se CONDENE a COLPENSIONES, a validar los aportes en pensiones, trasladados por **PORVENIR**, y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado.*

Tercero: *Que se CONDENE en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas”.*

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló que: i) fue trasladado del RPMPD al RAIS el 01 de abril de 2002, ii) se omitió la obligación del buen consejo por parte de la AFP, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado, iii) el 17 de mayo de 2022 solicitó la información de su pensión y la aceptación del posible traslado, iv) El 13 de mayo de 2022 solicitó a COLPENSIONES la aceptación del traslado, recibiendo respuesta automática negativa del 17 de mayo del mismo año.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia el 25 de mayo de 2022 (archivo 02), la cual fue admitida luego de su subsanación por el juez de conocimiento el 17 de enero de 2023 (archivo 08).

La Administradora Colombiana de Pensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la solicitud del traslado elevada por el actor con respuesta negativa. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (archivo 11).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda, en cuanto al supuesto fáctico aceptó la calenda del traslado de régimen y el derecho de petición elevado por el actor relacionado únicamente con tener información de su situación pensional. Como sustento de su defensa adujo que en la afiliación realizada por Porvenir, no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia, por cuanto se cumplió a cabalidad con el deber de asesoría. Formuló las excepciones que denominó 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 10).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y NUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 06 de julio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 21):

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor **ARIEL MANUEL ORTEGA MORALES** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de **PORVENIR S.A.**, cuya efectividad comenzó a partir del 01 de abril del 2002 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, a que transfiera a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y bono pensional de haberse redimido, así como las comisiones y gastos por administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos emolumentos debidamente indexados al momento del pago.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que reciba los dineros que los que habla el numeral anterior y reactive la afiliación del demandante sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMAR a **COLPENSIONES** que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia y en contra de **PORVENIR S.A.**

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a **PORVENIR S.A.**, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

SEPTIMO: ORDENAR el grado jurisdiccional de consulta la presente sentencia por resultar órdenes a cargo de **COLPENSIONES**.

Como fundamento de su decisión, sostuvo luego de efectuar un recuento jurisprudencial de nuestro órgano de cierre respecto de la ineficacia del traslado, que con las pruebas del proceso Porvenir no desvirtuó la negación de no haber brindado la información al demandante al momento de su migración, lo que se traduce a que fue ineficaz, por lo que procede la devolución de los dineros de la cuenta, los rendimientos, comisiones, gastos de administración, los seguros previsionales y el porcentaje que va para la garantía de la pensión mínima debidamente indexados al

momento del pago, como consecuencia de la ineficacia según se encuentra consolidada por una línea jurisprudencial desde el 2008, en el sentido que es la administradora de fondo la que debe responder con su propio peculio, lo anterior, ayuda a compensar el principio de la estabilidad financiera que regenta el sistema de Seguridad Social.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpusieron recursos de apelación, de la siguiente manera:

Porvenir S.A. adujo en primer lugar que no es procedente devolver los dineros por concepto de gastos de administración, prima de seguros provisionales, y aportes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, entre otros, puesto que, estos no se hubieran generado en el régimen de prima media, además, con respecto al primer concepto, son de origen legal conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que respecto de los mismos proceda tampoco la indexación teniendo en cuenta que no han perdido el poder adquisitivo, y por el contrario, lograron incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual del señor Arias. De otro lado, dejó por sentado que Porvenir siempre estuvo presta a resolver cualquier duda antes y durante la permanencia de la parte accionante en el fondo, colocando a disposición de éste todos los canales de atención, y dando la oportunidad de trasladarse antes de cumplir la edad para la restricción de los afiliados que le faltare menos de 10 años. Por último, reprochó la condena en costas y agencias en Derecho, tras aducir que ha comparecido al juicio, sumado a que la actora, estaba en la prohibición legal del artículo 2° literal e) de la Ley 797 de 2003.

Colpensiones sentó su inconformismo en que al ordenarse el traslado de régimen no se está respetando la restricción legal respecto de los afiliados que le faltare menos de 10 años para cumplir con la edad para acceder a

la pensión, razones por las que la entidad se opuso a la reclamación administrativa elevada por el actor. Por otra parte, el acto jurídico que generó el traslado de régimen se realizó con el lleno de los requisitos legales, pues se brindó asesoría conforme a derecho, además, no sólo la AFP tiene el deber del buen Consejo o de asesoría, sino que también los afiliados tienen la obligación de tener la información o de buscarla, ya que por regla general, el contrato es ley para las partes y no se puede alegar con posterioridad una supuesta desinformación para no querer cumplir a lo que se ha acordado. Hay que tener en cuenta que, por todos estos años, el convocante estuvo en el régimen de ahorro individual, lo que ratifica que efectivamente fue su voluntad permanecer allí. En relación a la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema, dijo que si bien es cierto se van a devolver los dineros que estén en poder de la AFP, también lo es que eventualmente cuando se reconozca una pensión podría llegar a ser más alta en el régimen de prima media que en el de ahorro individual y no siempre los montos devueltos por la AFP cubren la proyección de los años de vida de un pensionado.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Le2213 de 2022, la parte actora solicitó que en caso de confirmarse la sentencia se adicione en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho de segunda instancia y Colpensiones ratificó y amplió los argumentos expuestos en la alzada.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

i) ¿Procede la declaratoria de la ineficacia del traslado realizada por el señor Germán Gutiérrez Corredor del RPM al RAIS a través de Porvenir S.A.?

- iii)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima, en caso afirmativo, ¿deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iv)* La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones y Porvenir S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que el actor suscribió formulario de afiliación al RAIS precedida de una asesoría por parte de la AFP; sin que tenga injerencia alguna en dicho acto jurídico, sin embargo, se entiende que la misma tiene legitimidad para cuestionar este punto, en tanto que, con la declaratoria de la ineficacia, recae sobre ella la obligación de recibir al demandante en el RPM

Por lo anterior, se hace necesario hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del

Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

4. Si se argumenta que, al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió la información, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo, corresponde la carga probatoria a su contraparte, administradora demandada, demostrar que sí la brindó.

La carga de la prueba en cabeza de las AFP es, además, una manera de igualar las asimetrías de poder en las relaciones entre afiliados y éstas; pues como está decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral “«la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual», pues mientras que la

primera cuenta con una estructura corporativa especializada, experta y profesional, con capacidad de conocer los detalles de su servicio, el segundo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas que muchas veces no conoce ni domina, asimetría que puede acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los afiliados (CSJ SL1688-2019)¹²”.

Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: **“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. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: **“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos** que en virtud

de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que el actor migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 18 de febrero de 2002. (fº. 87 archivo 10); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), *“entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna”* (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155 2022, CSJ SL1637-2022), puesto que *«esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado»* (CSJ SL4205 2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u

omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por el demandante el 18 de febrero de 2002 a través de Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. (fº. 87 archivo 10) se anota con la leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. HE SIDO ASESORADO SOBRE LAS IMPLICACIONES DEL RÉGIMEN, ESPECIALMENTE SOBRE EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, EN CASO DE PERTENECER AL MISMO. MANIFIESTO QUE HE ESCOGIDO A BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. CONOZCO QUE DISPONGO DE CINCO (5) DÍAS HÁBILES A PARTIR DEL DILIGENCIAMIENTO DE ESTE FORMULARIO PARA RETRACTARME DE LA AFILIACIÓN. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE FORMULARIO SON VERDADEROS”, lo cual no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: copia de la cédula de ciudadanía (fº. 6 archivo 1), derecho de petición radicado ante Porvenir S.A. (fº. 7 archivo 1), solicitud de nulidad o ineficacia del traslado elevada a Colpensiones con respuesta negativa (fº. 8 a 12 archivo 1), consulta RUAF del demandante (fº. 13 archivo 1); historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos y certificación de afiliación emitidas por Porvenir (fº. 62 a 78 archivo 10), proyección pensional realizada por Porvenir (fº. 84 a 87 archivo 10) y expediente administrativo del demandante aportado por Colpensiones (fº. 61 a 112 archivo 11), no permiten colegir que la AFP Porvenir haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que el demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ahora, **Ariel Manuel Ortega Morales** a la hora de rendir interrogatorio informó en síntesis que se afilió a Porvenir cuando ingresó a trabajar a una empresa como ingeniero, llegaron unos señores de ese fondo de pensiones y les dijeron que firmaran para iniciar el proyecto.

De la respuesta brindada por el demandante, no se puede establecer que, exista confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, sin que de este modo ninguna de las afirmaciones del actor de cuenta de información alguna brindada por la administradora del fondo privado para el momento del traslado de régimen pensional.

En síntesis, las AFP pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con la suscripción del formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin embargo, pasaron inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si el demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Y con relación a lo anotado por Colpensiones y Porvenir en los recursos de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, referente a la edad para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del

artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 así como su permanencia en el RAIS, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 18 de febrero de 2002 con destino a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. (fº. 87 archivo 10), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la administradora del RPM en este punto.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

El apoderado de Porvenir S.A. aduce que no hay lugar al traslado de los anteriores conceptos, como tampoco la indexación en la medida que no se advierte la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o

denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, en este aspecto se confirmará la decisión del a quo.

Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando

efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

3. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Como se expuso, el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el actor estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera

presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a Porvenir S.A. contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. De la condena en costas a Colpensiones en primera instancia

Finalmente, procede la condena en costas de primera instancia a cargo de Porvenir, por cuanto fue en ella recaía la responsabilidad del deber de información y al salir vencido en juicio hay lugar a la imposición por este concepto en los términos del artículo 365 del C.G.P.

Se condenará en costas en esta instancia respecto de Porvenir S.A. por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma favorable. No proceden respecto de Colpensiones por cuanto salió avante de manera parcial el recurso de alzada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR la sentencia proferida el 6 de julio de 2023 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

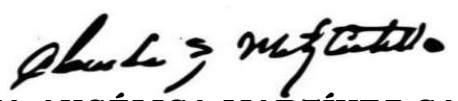
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105015 2022 00412 01
Demandante: Libia Sofía Sandoval Rodríguez
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **Libia Sofía Sandoval Rodríguez**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA. y Skandia Administradora de

Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 6 a 7 del archivo 1):

“I. DECLARATIVAS

1. *Declarar que la A.F.P COLFONDOS, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.*
2. *Declarar que la A.F.P PROTECCIÓN, incumplió con su deber legal de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.*
3. *Declarar que la A.F.P PORVENIR, incumplió con su deber legal de información, asesoría y buen consejo al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.*
4. *Declarar que la A.F.P SKANDIA, incumplió con su deber legal de información, asesoría y buen consejo al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.*
5. *En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señora LIBIA SOFÍA SANDOVAL RODRIGUEZ, inicialmente a la A.F.P COLFONDOS, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.*
6. *En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señora LIBIA SOFÍA SANDOVAL RODRIGUEZ, a la A.F.P PROTECCIÓN, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado. 7*
7. *En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señora LIBIA SOFÍA SANDOVAL RODRIGUEZ, a la A.F.P SKANDIA, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.*
8. *En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señora LIBIA SOFÍA SANDOVAL RODRIGUEZ, a la A.F.P PORVENIR, por entenderse que la*

inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

9. *Declarar que la Señor(a) LIBIA SOFÍA SANDOVAL RODRIGUEZ, nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, con lo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES.*

II. DE CONDENA:

1. *Que se condene a las Entidades demandadas a:* 1. *Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS a registrar en su sistema de información que la afiliación de la demandante en pensión es ineficaz.*
2. *Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a registrar en su sistema de información que la afiliación de la demandante en pensión es ineficaz.*
3. *Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a registrar en su sistema de información que la afiliación de la demandante en pensión es ineficaz.*
4. *Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA a registrar en su sistema de información que la afiliación de la demandante en pensión es ineficaz.*
5. *Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento.*
6. *Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a activar la afiliación en pensión la señora LIBIA SOFÍA SANDOVAL RODRIGUEZ.*
7. *Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.*
8. *Condenar a las demandadas sobre los demás hechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.*
9. *Condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.*

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Inició sus aportes a pensión a través del RPM.
2. Realizó su traslado de régimen mediante la AFP Colfondos en mayo de 1994.
3. Cotizó aportes a pensión con destino al ISS desde febrero de 1995 hasta marzo de 1999.
4. Se afilió a Protección S.A. en mayo de 1999
5. En julio de 2000 se afilió a Colfondos.
6. Efectuó aportes a Porvenir en octubre de 2011.
7. Se afilió a la AFP Skandia en agosto de 2015.
8. En el mes de junio de 2017 se afilió a Protección.
9. La AFP Colfondos y demás fondos privados no le explicaron de forma clara y comparada las diferencias entre el RPM y el RAIS, sus ventajas y desventajas, como tampoco los requisitos para acceder a una pensión en el régimen de ahorro individual.
10. El 23 de marzo de 2021, solicitó ante las administradoras de fondos privados demandados que la ineficacia de su traslado de régimen con respuestas negativa por parte de Protección, Porvenir y Sakandia, sin respuesta de Colfondos.
11. En proyección pensional comparativa, realizada por a A.F.P PROYECCIÓN, se indica que recibirá una mesada pensional en el RAIS de \$2.253.054, mientras que en el RPM correspondería a \$10.338.773.
12. Peticionó su retorno al RPM, pero esta fue desatada de manera desfavorable.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 22 de septiembre de 2022 (archivo 3) y fue admitido el libelo introductorio con proveído del 2 de diciembre de 2022 (archivo 6).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las súplicas; en cuanto a los hechos aceptó la solicitud de activación de la afiliación elevado por la demandante. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (archivo 9).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda; en cuanto a los supuestos fácticos señaló como ciertos la solicitud de ineficacia del traslado con respuesta negativa. Propuso las excepciones denominadas prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 10).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías contestó oponiéndose a las súplicas del libelo introductor. Como sustento de su defensa arguyó que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión de migrarse de régimen y entre administradoras de pensiones, sobre las características del RAIS, el funcionamiento del mismo y las diferencias entre regímenes, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad de los aportes. Formuló las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y, compensación y pago (archivo 12).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. se opuso a los pedimentos del escrito inaugural, aceptó como ciertos los hechos relacionados con las calendas de afiliación de la actora a dicha AFP, que actualmente realiza aportes a esa administradora, la proyección pensional y respuesta efectuada a la solicitud elevada por la actora. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y

falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (archivo 14).

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, se opuso a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada 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 la demandante., prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica. (archivo 15).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 8 de agosto de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 25):

“PRIMERO ABSOLVER todas y cada una de las pretensiones evocadas en la presente acción, por la señora demandante LIBIA SOFÍA SANDOVAL RODRÍGUEZ a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SKANDIA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS y en estos términos **DECLARAR** demostradas las excepciones de validez de la afiliación, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por las partes DEMANDADAS. Conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO. Si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para la parte actora, se remitirán las diligencias al superior para efectos de revisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a la anterior conclusión estimó, respecto del traslado de la demandante ocurrido en mayo de 1994, que si bien Colfondos no cumplió con la carga de la prueba respecto del deber de información para ese momento, también lo es que, con posterioridad la actora regresó al ISS, y en el año 1999 migró nuevamente al RAIS, punto sobre el cual considera que la ineficacia del traslado opera frente al primer traslado en la medida que es el momento cuando, por la entrada en vigencia del nuevo sistema o modelo pensional no se tenía el conocimiento respecto a estas características, pero no ocurre así frente a los segundos y terceros. Siendo entonces sobre el primer traslado que recae lo correspondiente al deber de información, y respecto de aquellos que se hagan después no procede la ineficacia, máxime cuando es una segunda manifestación de la voluntad de la demandante de pertenecer nuevamente al RAIS, además, realizó cuatro o cinco cambios dentro de las mismas administradoras, ratificando nuevamente su decisión de permanecer allí.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad, teniendo en cuenta en primer lugar que, el juez de primer grado tuvo por demostrado sin estarlo que la promotora de la litis realizó dos traslados de régimen pensional, situación que no fue probada ni discutida en la etapa de fijación del litigio, por el contrario, de la documental aportada se advierte que la actora realizó un único traslado de régimen pensional en 1994 a través de la AFP Colfondos, y lo que surgió con posterioridad fue que, el empleador siguió efectuado aportes al Instituto de Seguros Sociales cuando estaba vigente su afiliación a Colfondos, observándose entonces que esos pagos lo hizo un tercero, sin que se pueda entender una afiliación tácita, como quiera que se tienen que cumplir unos requisitos,

no existe prueba alguna de la suscripción de una afiliación al ISS con posterioridad al año 1994. Agregó que en el SIAFP se demuestra un solo traslado de régimen, por lo que no es cierto lo dicho por el juzgador de primera instancia de manera infundada.

De otro lado, el deber de información debe cumplirse siempre, sin importar el número de afiliaciones, lo que se valora es la información objetiva, de lo que no hay prueba en el proceso, sin que los traslados entre el RAIS afecten la falta de información; de manera que la decisión recurrida es contraria a cualquier tipo de análisis probatorio del proceso.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Skandia S.A. y Porvenir S.A. solicitaron se confirme la decisión de primer grado, mientras que la parte actora invoca se revoque la misma para lo cual expuso y amplió los argumentos de la apelación.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS.

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado por la actora de fecha 12 de abril de 1994 a través de Colfondos S.A. y en caso afirmativo, establecer la consecuencia de dicha declaratoria.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante al momento de sustentar los recursos de apelación.

1. De la ineficacia del traslado.

Exp. No. 005 2021 00294 01

La parte actora solicitó la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen realizado inicialmente con la AFP Colfondos y los posteriores traslados a Protección, Skandia y Porvenir. Lo anterior, bajo el sustento que se trasladó del ISS a Colfondos en mayo de 1994 sin recibir la debida información, volvió a realizar aportes al Instituto de Seguro Social entre febrero de 1995 y marzo de 1999, se afilió a la AFP protección en mayo de 1999, a Colfondos en el 2000, a Porvenir en el mes de octubre de 2011, se afilió a Skandia en agosto de 2015 y finalmente, a Protección S.A. en junio de 2017.

Colfondos S.A., administradora en la que realizó el traslado inicial se opuso a las anteriores pretensiones tras argumentar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante.

El juez de primer grado absolvió a Colfondos y a los demás fondos privados convocados, bajo el sustento que luego de realizar el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS en 1994, la demandante regresó al ISS en el año 1999 y efectuó una nueva migración al régimen de ahorro individual, por lo que no se podía predicar la ineficacia del mismo al existir dos cambios de regímenes.

En el recurso de alzada la parte actora asegura que en este caso tan sólo se realizó un sólo traslado de régimen en mayo de 1994, sobre el cual se solicita la ineficacia del traslado, advirtiéndose que en 1999 se realizaron aportes al ISS sin existir afiliación, siendo infundados los argumentos del juez de primer grado.

Así las cosas, para resolver lo pertinente, esta Sala se remite a la documental obrante en el plenario, concretamente el reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones, en el que se advierte la afiliación de la demandante al extinto ISS, con aportes a pensión entre el 26 de julio de 1993 y el 30 de abril de 1994 (Archivo 9Expediente Administrativo- Historia Laboral), el historial de vinculaciones de Asofondos en el que se relaciona que la señora Libia Sofia Sandoval Rodríguez se trasladó de régimen, del ISS hoy Colpensiones a Colfondos S.A. el 12 de abril de 1994 con fecha

de efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año, igualmente, se relacionan traslados horizontales a Porvenir S.A. el 8 de agosto de 2011, a Skandia el 25 de junio de 2015 y a Protección S.A. el 27 de abril de 2017 efectivo desde el 1° de junio de dicha anualidad (fº. 45 archivo 14). De otro lado se advierte del reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones que se efectuaron aportes al ISS entre 1995 y el año 2002. (archivo 9.1 Expediente administrativo- documento: historia laboral)

Conforme a lo anterior, resulta fácil colegir que la razón se encuentra al lado de la recurrente, pues, palmario se observa que la señora Sandoval Rodríguez realizó un sólo traslado del RPM al régimen de ahorro individual a partir del 1° de mayo de 1994, sin que se advierta un retorno posterior como lo concluyó el juez de primera instancia, al contrario, lo que se advierten son traslados horizontales en los fondos privados dentro del RAIS, sin que el hecho de que se hubieren efectuado aportes al entonces ISS se traduzca automáticamente a que existió una afiliación a esa administradora, pues claramente la historia laboral de Colpensiones, ilustra que esos aportes se devolvieron al fondo privado debido a la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual, de suerte que el sustento del *a quo* para negar la declaratoria de la ineficacia del traslado no tiene asidero, y por ende, debió simplemente a proceder a efectuar el estudio de fondo a fin de determinar si en efecto el efectuado el 1° de mayo de 1994 estuvo precedido de un incumplimiento del deber de información que le asistía al fondo privado.

Así las cosas, para esta Sala es necesario hacer las siguientes precisiones al respecto:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

4. Si se argumenta que, al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió la información, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo, corresponde la carga probatoria a su contraparte, administradora demandada, demostrar que sí la brindó.

La carga de la prueba en cabeza de las AFP es, además, una manera de igualar las asimetrías de poder en las relaciones entre afiliados y éstas; pues como está decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral “la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual», pues mientras que la primera cuenta con una estructura corporativa especializada, experta y profesional, con capacidad de conocer los detalles de su servicio, el segundo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas que

muchas veces no conoce ni domina, asimetría que puede acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los afiliados (CSJ SL1688-2019)¹²”.

Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: **“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. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita*

Exp. No. 005 2021 00294 01

en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.

A su turno el canon 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, señala que: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 12 de abril de 1994, haciéndose

efectiva su determinación a partir del 1º de mayo del mismo año (fº. 26 archivo 12 y fº. 45 archivo 14); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), “entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna” (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155 2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205 2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (fº. 27 archivo 12), se anota con la leyenda preimpresa: *“DECLARO BAJO JURAMENTO, QUE REALIZO EN FORMA VOLUNTARIA, LIBRE Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y, A SU VEZ LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS, PARA QUE SEA LA ÚNICA ENTIDAD QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DAOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”*, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: copia de la cédula de ciudadanía (fº. 17 archivo 1), reporte de semanas cotizadas en pensiones emitida por Colpensiones (fº. 197 a 201 archivo 1), solicitudes de ineficacia del traslado de régimen y las respuestas efectuadas por los fondo privados (fº 220 a 249 archivo 1), expediente administrativo allegado por Colpensiones (archivo 9.1), formularios de afiliación a Porvenir, Protección y Old Mutual (fº. 45, 58 archivo 10, fº. 36 archivo 14 y fº. 40 archivo 15), certificado de afiliación y trasados, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos emitidas por Porvenir S.A. (f 46 a 52 archivo 10), comunicados de prensa (fº. 78 a 80 archivo 10 y fº. 72 a 74 archivo 14); estado de afiliación de Colfondos (fº. 26 archivo 12); reporte estado de cuenta e historia laboral emitidos por Protección S.A. (fº. 37 a 62 archivo 14), resumen historia laboral emitida por la Oficina de Bono Pensional del Ministerio de Hacienda (fº. 63 y 64 archivo 14), políticas asesorar para vincular personas naturales aportada por Protección (fº. 65 a 69 archivo 70), concepto de 29 de diciembre de 2015 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia (fº. 70 y 71 archivo 14), certificado de afiliación y traslado y estado de cuenta emitidas por Skandia S.A. (fº. 41 a 45 archivo 15); no permiten colegir que la AFP Colfondos S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ahora, Libia Sofía Sandoval Rodríguez, ingeniera de yacimientos en Ecopetrol, informó que su traslado a Colfondos SA. en 1994 se dio cuando entró a trabajar en un supermercado en el área de panadería, una asesora de Colfondos se acercó en su horario de trabajo, le dijo que llevaba poco tiempo cotizando y no era una buena opción el Seguro Social para pensionarse, y le recomendaba afiliarse al fondo privado, por lo tanto, le pidieron unos datos y firmó el formulario; la asesora dijo que la contactarían posteriormente para informarle de su vinculación, pero no supo más de Colfondos ni le llegó ninguna información, en ese momento solo tenía 20 años, y pensó que no había quedado afiliada, porque la empresa tampoco le expresó nada y por eso, para ella, siempre estuvo afiliada al Seguro Social. De otro lado, su traslado a Protección tuvo lugar en el año 1999 cuando trabajaba de supernumeraria los sábados y domingos de cajera, recuerda que un señor se acercó y le dijo que el Seguro Social era algo muy inestable, que se iba a acabar y en el fondo privado le garantizarían su pensión, le pidieron los datos y suscribió el formulario de afiliación. No recuerda sobre el cambio que hizo a Colfondos, se enteró después con la radicación de la demanda; en el 2011 se trasladó a Porvenir cuando ya era profesional, trabajaba con empresas contratistas de Ecopetrol en Bucaramanga, pasaba de una empresa a otra y entre esos cambios de contratos se pasó a Porvenir, para ella todo era lo mismo y hasta ese momento no había recibido diferenciación entre uno y otro fondo; su afiliación a Skandia la hizo cuando le salió otro contrato en Bogotá y se vinculó sin mayor información, y en el 2017 regresó nuevamente a Protección, donde actualmente está afiliada, lo que tuvo lugar porque estaba recién contratada en Ecopetrol, se encontraba en su puesto de trabajo, se acercó un asesor quien le informó que Old Mutual era un fondo muy pequeño, tenía poco tiempo en el mercado, y por el contrario, Protección tenía más respaldo, que debía garantizar su pensión, le recomendó el cambio con ellos, entonces decidió trasladarse, le pidieron los datos y suscribió la vinculación.

De la respuesta brindada por Libia Sofía Sandoval Rodríguez no se puede establecer que, exista confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del

artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 “Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”, sin que de este modo ninguna de las afirmaciones de la actora de cuenta de información alguna brindada por la administradora del fondo privado para el momento del traslado de régimen pensional.

En síntesis, las AFPs convocadas pretendieron acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con la suscripción del formulario de afiliación, sin embargo, pasaron inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar a la afiliada, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Una vez examinado el acervo probatorio, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, Colfondos S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen

pensional, se dispondrá revocar la decisión del *a quo* para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

2. De la devolución de los aportes y rendimientos, gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

Como consecuencia de la ineficacia del traslado se ordenará a Protección S.A., administradora donde se encuentra actualmente afiliada la actora, a devolver a Colpensiones todos los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros. Igualmente, las AFP Protección S.A., Porvenir, Colfondos y Skandia S.A., deberán transferir lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y aportes destinado al fondo de garantía de pensión mínima

Lo anterior, por cuanto el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los

deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo que se concederá en esta instancia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

En virtud de lo anterior, se deberá condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a

sus propios recursos; 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. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante, pues el hecho que hubiesen sufragado el pago a aseguradoras, como lo reprocha en la alzada el apoderado del fondo de pensiones, y con ello, cubrir contingencias a las que pudiera verse expuesta la afiliada, también es cierto que, el fondo es el llamado en este tipo de procesos a responder con su propio patrimonio por estos conceptos, pues, de no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Bajo este entendimiento, se ordenará decisión la devolución de los anteriores conceptos en los términos indicados. Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante.

3. Sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad

financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a Colfondos, Protección S.A., Porvenir y Skandia., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. Excepción de prescripción

Finalmente, como las convocadas propusieron la excepción de prescripción, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la ineficacia del traslado de régimen pensional no queda cobijada bajo el fenómeno deletéreo, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

Costas

No se fulminará condena por este concepto a la demandante, pues salió victorioso su argumento en la alzada. Costas de primera instancia a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Porvenir, Protección y Skandia S.A. No se causan en la alzada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 8 de agosto de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante Libia Sofía Sandoval Rodríguez el 12 de abril de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año, a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como de los traslados horizontales, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de Libia Sofia Sandoval Rodríguez por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo de permanencia en dicha AFP. 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.

TERCERO: CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones , lo descontado por concepto de gastos de administración, las 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, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esas AFP. 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.

CUARTO. - CONCEDER a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Exp. No. 005 2021 00294 01

QUINTO. - ORDENAR a COLPENSIONES aceptar los valores remitidos por las AFP, afiliar la demandante y generar su historia laboral, una vez reciba la totalidad de los dineros remitidos a que se ha aludido en el numeral anterior.

CUARTO. - DECLARAR no probada la excepción de prescripción

QUINTO. - Costas de primera instancia a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Porvenir, Protección y Skandia S.A. No se causan en la alzada.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada