República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 05 2018 00642 01**
Demandante:	JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI
Demandado:	FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVIASORA S.A. como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, ASESORES EN DERECHO S.A.S. y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y sucesora procesal de la extinta FLOTA MERCANTE
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 16 de enero de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORG ENRIQUE TRUJILLO BERBESI promovió demanda ordinaria laboral en contra de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVIASORA S.A., como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, ASESORES EN DERECHO S.A.S. y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS

DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y sucesora procesal de la extinta FLOTA MERCANTE.

Lo anterior, a fin de declararse que el PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y representado por la mandataria ASESORES EN DERECHO S.A.S. y la FEDERECACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, deben reliquidar la pensión plena de jubilación que le fuese reconocida por parte de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

Por consiguiente, se le condene al PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, administrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y representado por la mandataria ASESORES EN DERECHO S.A.S., así como a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, reliquidar la pensión plena de jubilación sobre un tope máximo de 20 S.M.L.M.V. desde el día en que fue reconocida por anticipación de la edad.

Asimismo, se les condene a pagar las diferencias pensionales dejadas de cancelar, junto con las mesadas adicionales, reajustadas como lo ordena la ley, indexación, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que prestó sus servicios personales en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. mediante dos contratos de trabajo a término indefinido por los periodos comprendidos entre el 5 de junio de 1971 y el 10 de junio de 1972 y entre el 13 de noviembre de 1972 y el 7 de febrero de 1995, siendo su último cargo el de Capitán en las motonaves.

Que el último contrato de trabajo finalizó ante la renuncia por él presentada, la cual fue aceptada por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., última que, para efectuar la liquidación por retiro, tomó un salario devengado durante el último año de servicios equivalente a US$40.508.26, que divido por 12 meses del año arroja un promedio mensual de US$3.375.68.

Seguidamente, relató que nació el 28 de octubre de 1944, por lo que cumplió 55 años de edad el 28 de octubre de 1999.

Que la pensión de jubilación de la gente de mar se encontraba a cargo de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., al igual que, el extinto ISS solamente asumió el riesgo de vejez a partir del mes de agosto 1990.

Mencionó que la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. mediante Resolución No. 008 del 8 de marzo de 1995 le habilitó la edad, reconociéndole una pensión plena de jubilación a partir del 8 de febrero de 1995 en cuantía mensual de $1.784.002.50, al igual que para liquidar la prestación tomó un salario promedio mensual inferior al realmente devengado en el último año de servicios, limitándola a un tope máximo de 15 S.M.L.M.V., cuando la forma correcta de haberse liquidado era con el IBL y la TRM – Tasa Representativa del Mercado – prevista en el artículo 260 del C.S.T. para un tope máximo de 20 S.M.L.M.V.

Que con base en la sentencia SU-1023 de 2001, los pensionados dentro del término allí señalado, instauraron ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá proceso ordinario con radicación No. 1100131050 05 2002 00046 00, teniendo como objeto *"Que se declare que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA – FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, como matriz o controlante, es responsable subsidiaria del pago oportuno con carácter*

definitivo de las pensiones de jubilación, reconocidas por la sociedad subordinada o controlada FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. – EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, en la medida que está como obligada principal, no disponga de la liquidez o de los activos suficientes para hacerlo".

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La FIDUCIARIA LA PREVIROSA S.A., como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA contestó la demanda, indicando que no asumió la posesión, ni es la subrogataria, cesionaria o sucesora procesal de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, como quiera que dicho vínculo es única y exclusivamente contractual, y las obligaciones de la fiduciaria emanan únicamente del contrato de fiducia mercantil No. 3-1-0138.

Adicionalmente, expuso que en lo que atañe al pago de las mesadas pensionales y los aportes a las EPS, el patrimonio autónomo solo sirve como instrumento o vehículo para realizar el pago, sin que asuma las obligaciones pecuniarias de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, pleito pendiente, inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil y la innominada o genérica.

ASESORES EN DERECHO S.A.S. mencionó en su contestación que, en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014, se consagró como objeto su nombramiento con la finalidad que ejerciera la representación como mandataria con representación PANFLOTA, no siendo correcto para ningún efecto tener por sentado que como mandataria ejerza la representación legal de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, máxime cuando

esta última dejó de existir a la vida jurídica mediante Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012.

Asimismo, aceptó las relaciones de trabajo que el actor ostentó al servicio de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., oponiéndose a su vez en lo que respecta a la reliquidación pretendida por el demandante, bajo el entendido que en la Resolución No. 008 del 8 de marzo de 1995 proferida por la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, se acordó que la pensión se reconocería teniendo en cuenta la tasa de cambio oficial al momento de configurarse la obligación o los requisitos para ser acreedor de la prestación, pues el efecto de la inflación en el poder adquisitivo de la pensión resulta ser un hecho notorio de que el dólar americano tenía un valor superior al que ostenta en la actualidad debido a la revaluación que, frente a dicha moneda, ha sufrido el peso colombiano.

Igualmente, refirió que dado el especialísimo régimen laboral de los marinos, la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE avizoraba la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y, por lo tanto, en aras de garantizar los perjuicios del fenómeno galopante de la inflación u otros aspectos, se tuvo que, a la fecha del disfrute, se aplicaría la TRM – Tasa Representativa del Mercado – vigente; circunstancia por la cual, indexar la mesada del demandante, constituiría sancionar a la extinta entidad doblemente por el mismo hecho, el cual se previno con el cambio oficial del dólar, se itera, a la fecha del disfrute de la prestación.

Además, precisa frente a la reliquidación de la mesada pensional estableciendo como tope máximo 20 S.M.L.M.V., tal situación no resulta procedente, puesto que el reconocimiento se dio de conformidad con la conciliación extrajudicial celebrada ante la Inspección Dieciséis de la Dirección Regional de Santafé de Bogotá del Ministerio de Trabajo el 22 de diciembre de 1994 entre la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE y el actor, en la cual se dispuso que para efectos del monto de la mesada, la misma no superaría los

15 S.M.L.M.V., de manera que lo pretendido por el demandante hizo tránsito a cosa juzgada y, en consecuencia, deberán desestimarse las pretensiones incoadas.

Por otra parte, arguyó que no es la llamada al aprovisionamiento ni mucho menos al pago de mesadas pensionales, pues tal obligación recae respecto de la FIDUCIARIA LA PREVIROSA S.A., como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA o, en su defecto por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ en virtud de la sentencia SU-1023 de 2001.

Impetró las excepciones de improcedencia de indexación del ingreso base de liquidación, improcedencia de reliquidación de la mesada pensional aplicando como tope máximo 20 S.M.L.M.V., prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, innominada o genérica y la denominada oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA argumentó oponerse a las pretensiones de la demanda, argumentando que el demandante señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI nunca fue trabajador de sus dependencias, de allí que exista una carencia de fundamentos fácticos y legales para el efecto, en especial lo relacionado con cualquier derecho pensional que le corresponda al actor.

Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad alguna en cabeza de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, cosa juzgada, pago y compensación y la genérica.

Mediante auto proferido el 18 de septiembre de 2019, el Juzgado *a-quo* dispuso integrar el contradictorio por pasiva a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para luego de contestada por dicho sujeto, se emitiera auto del 4 de marzo de 2020 donde se inadmitió la contestación del

ente ministerial, y al no haberse subsanado la misma, se expidió auto el 8 de abril de 2021 en el que se tuvo por no contestada y se dispuso la NOTIFICACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO (PDF 18 – AUTO TIENE POR CONTESTADA DEMANDA Y ORDENA INTEGRAR CONTRADICTORIO, PDF 21 – AUTO INADMITE CONTESTACIÓN y PDF 23 – AUTO FIJA FECHA).

Fue por ello que la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – PROCURADURÍA DELEGADA PARA LOS ASUNTOS CIVILES Y LABORALES intervino en el asunto de marras, interponiendo en favor de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la innominada o genérica.

El apoderado judicial de la parte demandante allegó el Registro Civil de Defunción del actor señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI, por lo que en proveído del 28 de noviembre de 2022 el Juzgado dispuso de conformidad con lo estatuido en el artículo 68 del C.G.P., tener como sucesores del fallecido a BLANCA FLOR GARCÍA IRIARTE, BEATRÍZ ELENA TRUJILLO GARCÍA, BLANCA TRUJILLO GARCÍA y JORGE HUMBERTO TRUJILLO GARCÍA (PDF 25 – DEMANDANTE REGISTRO DE DEFUNCIÓN y PDF 32 – AUTO DECLARA SUCESIÓN Y FIJA FECHA).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de enero de 2023, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolviendo a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas en vida por el demandante JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI, sucedido procesalmente por su cónyuge e hijos.

Adujo no estar en discusión que el señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI trabajó para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. por los periodos

comprendidos entre 5 de junio de 1971 y el 10 de junio de 1972 y entre el 13 de noviembre de 1972 y el 7 de febrero de 1995.

Tampoco el hecho que mediante la Resolución 008 del 8 de marzo de 1995 el empleador hace referencia a un acuerdo de voluntades del 22 de diciembre de 1994, a través del cual se le reconoce al señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI una pensión plena de jubilación y habilitándose una edad, siéndole así reconocida una prestación al trabajador teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% de lo devengado durante el último año de servicios.

Seguidamente, expuso el *a-quo* no estar en discusión que el artículo 260 del C.S.T. no es ajeno al régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de allí que teniendo en cuenta dicho régimen transicional pueda llegarse a aplicar este artículo para reconocer la prestación que allí se consagra, por cuanto al haber nacido el señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI el 28 de octubre de 1944, al 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad por ser varón y más de 15 años de servicios.

No obstante lo anterior, la tesis de la parte demandante no es de recibo, por cuanto no solamente vía transición se aplica el artículo 260 del C.S.T., sino que se debe interpretar la normativa que regula dicha prestación, la cual incluye por demás el artículo 259 del mismo código, en el entendido que las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo, dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el ISS, por lo que el análisis del referido artículo 260 no puede aplicarse de manera aislada; tan así, que el mentado artículo 259 del C.S.T. señala de tajo que esa pensión deja de estar a cargo del empleador si es afiliado al ISS.

Que por tal razón, al haberse decretado de oficio la historia laboral del señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI, se aprecia que la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., afilió al señor al sistema el 3 de septiembre de 1990,

por lo que al haber laborado entre 5 de junio de 1971 y el 10 de junio de 1972 y entre el 13 de noviembre de 1972 y el 7 de febrero de 1995, el trabajador cumplió los 20 años de servicios el 7 de noviembre de 1991, es decir, que cuando cumplió con el tiempo de servicios (20 años), ya se encontraba afiliado al sistema; circunstancia por la cual, el empleador no se encontraba con la carga de asumir el derecho pensional, sino que legal y jurisprudencialmente ya no tenía obligación para con su trabajador pues el derecho ya lo había subrogado el extinto ISS.

Argumentó en segundo lugar que, de las probanzas acreditadas en juicio está demostrado que las partes se reunieron el 22 de diciembre de 1994, donde acordaron que al señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI le sería reconocida una prestación, desconociendo el artículo 260 del C.S.T. el cual señala que el disfrute de la pensión llegaría al momento del cumplimiento de los 55 años de edad, que como da cuenta la fecha de nacimiento, los cumplió el 28 de octubre de 1999, coligiendo entonces una carencia probatoria ante la falta del documento fidedigno que determinara el detalle de cómo se llevó a cabo el reconocimiento pensional en su entonces, de allí que también considerara que si bien en la Resolución No. 008 del 8 de marzo de 1995 se reconoció una pensión denominada *"jubilación plena"*, le estaban habilitando la edad de disfrute, es decir, una prestación de carácter extralegal.

Por ende, esa pensión extralegal estaba sujetaba a los términos estrictos en los que convinieron las partes, es decir, que si acordaron que el tope salarial sería de 15 S.M.L.M.V., dicha mesada fue a la que se hizo acreedor el señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI derivada de la suscripción del acta de conciliación.

En gracia de discusión, refirió el operador de instancia que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4167-2022, analizó un asunto de similares condiciones, donde la Alta Corporación dispuso que, si la pensión se causaba en determinada fecha, la norma vigente en la fecha en que se adquirió el derecho es la que gobierna el tope de esa prestación.

Igualmente, refirió si bien la parte demandante aportó una documental atinente a la liquidación de retiro en la que el último salario total devengado fue la suma de US $40.508, el empleador tomó el salario devengado en la suma de US$37.392, que dividido por 12 arrojó la suma de US$3.116 para aplicarle el 75%, de allí que el extremo accionante se equivocara al suma los US$3.116 de la prima de servicios, última que no constituye factor salarial para ser incluida dentro de lo establecido en el artículo 260 del C.S.T., situaciones todas por las que dispuso la absolución de las pretensiones impetradas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó para lo pertinente encontrar inconformidad con la decisión de primera instancia, en la medida que la Ley 71 de 1988 que limitaba las pensiones de jubilación a un límite de 15 S.M.L.M.V. no se encontraba vigente para el señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI cuando cumplió los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación el 8 de febrero de 1995, ya que dicha ley dejó de existir de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1994 y normas complementarias, de allí que para el mes de febrero de 1995 cuando adquirió dicho derecho a la pensión plena de jubilación estaba vigente el tope de 15 a 20 S.M.L.M.V.

Que existe un régimen de transición para los trabajadores de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, por tanto, en el *sub examine* no ha existido ningún tipo de subrogación en lo que atañe a la seguridad social de la pensión de jubilación aquí deprecada.

Al unísono, sostuvo no tener importancia si se trata de una pensión legal o extralegal, ya que el límite de las pensiones se aplica para ambos escenarios de acuerdo con la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia.

Que tampoco debió aplicarse por el fallador de instancia la sentencia SL4167-2022 emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya que en ese asunto se hizo un análisis pero de la causación de las pensiones restringidas de jubilación, las cuales se causan cuando el trabajador ha sido despedido o entre 15 y 20 años de servicios cuando dicho trabajador presenta su renuncia, aspectos que no son los mismos al presente asunto pues aquí lo que se debate es una pensión plena de jubilación.

Se adujo que si el señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI devengó US$40.508.26, dividido por los 12 meses del año arrojó la suma de US$3.375.68 que fue el salario tenido en cuenta por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., este es el salario que debe tenerse en cuenta para liquidarse la pensión plena de jubilación, máxime si se tiene en cuenta que lo que se incluyó en esa liquidación fue la prima extralegal de servicios, la cual sí constituye factor salarial para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por metodología en la resolución del presente asunto, a juicio de la Sala se auscultará como problema jurídico principal si la pensión reconocida al señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI por parte de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy

extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., fue otorgada bajo la égida del artículo 260 del C.S.T. como así lo estima en los fundamentos y razones de derecho, así como en las pretensiones del escrito demandatorio.

De salir avante lo anterior, se entrará a analizar acerca de la procedencia o no de a reliquidación pensional perseguida.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, es menester contextualizar los siguientes aspectos:

(i) Que el fallecido señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI nació el 28 de octubre de 1944 según da cuenta copia de la cédula de ciudadanía.

(ii) Que mediante Resolución No. 008 del 8 de marzo de 1995, al señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. le reconoció una pensión de jubilación en cuantía de $1.784.002.50 a partir del 8 de febrero de 1995.

d. Del derecho pensional:

Como ya se enunció, la demanda instaurada el señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI (q.e.p.d.), hoy sucedido por su cónyuge e hijos, es con la finalidad que le sea reliquidada la pensión de jubilación de que trata el artículo 260 del C.S.T. que arguye le fuese reconocida por parte de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

Al respecto, pertinente resulta poner de presente que la pensión de jubilación regulada en el artículo 260 del C.S.T. dispone:

*"**ARTICULO 260. DERECHO A LA PENSION:***

1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

2. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio."

Como se advierte del precepto normativo en mención, el mismo goza de requisitos para la adquisición del derecho, como lo son para el caso de los hombres (i) acreditar 55 años de edad y, (ii) 20 años continuos o discontinuos para con su empleador.

Ahora bien, la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. mediante Resolución No. 008 del 8 de marzo de 1995, le reconoció al señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI en los siguientes términos:

*" **CONSIDERACIONES***

*Que el señor **JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.056.015 expedida en Cartagena, prestó sus servicios a la **FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A.**, siendo su último cargo el de **CAPITAN** en virtud de dos contratos de trabajo con vigencia así:*

Del 5 de junio de 1971 al 10 de junio de 1972
Del 13 de noviembre de 1972 al 7 de febrero de 1995

*Que el señor **JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI** prestó sus servicios a la **FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A.** por un total de 8.305 días efectivos, previo descuento por licencias sin sueldo y suspensiones, para un total de 22 años, 9 meses y 3 días.*

Que a partir del 6 de febrero de 1995 dejó de prestar sus servicios a Grancolombiana por renuncia voluntaria.

*Que entre el señor **JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI** y la **FLOTA MERCANTE GRACOLOMBIANA S.A.** se efectuó una conciliación extrajudicial ante la Inspección Dieciséis de la Dirección Regional de Santafé de Bogotá del Ministerio de Trabajo, el día 22 de diciembre de 1994 en la cual se le reconoció pensión plena de jubilación y se le habilitó la edad.*

*Que devengó un salario promedio mensual en el último año de servicios de **TRES MIL CIENTO DIECISEIS DOLARES CON 02/100 (US$3.116.02)** moneda americana siendo el 75% la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE DOLARES CON 02/100 (US$2.337.02)** moneda americana, que a la tasa representativa del mercado de US$852.20 pesos vigente cuando se retiró de la Empresa, arroja una mesada pensional de **UN MILLÓN NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CUATRO PESOS CON 72/100 ($1.991.604.72)** moneda corriente.*

*Que ninguna pensión de jubilación puede ser superior a quince (15) salarios mínimos legales mensuales, esto es **UN MILLÓN SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL DOS PESOS CON 50/100 ($1.782.002.50)** moneda corriente.*

RESUELVE:

***ARTICULO PRIMERO:** Reconocer y pagar al señor **JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 90.056.015 expedida en Cartagena, pensión de jubilación en cuantía de **UN MILLÓN SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL DOS PESOS CON 50/100 (1.784.002.50)** moneda corriente mensuales, a partir del 8 de febrero de 1995.*

***ARTICULO SEGUNDO:** Ordenar a la Coordinación Administración Salarios de la Gerencia de Gestión Humana elaborar mensualmente la orden de pago respectiva, para el reconocimiento del punto anterior y efectuar los ajustes ordenados por la Ley 100 de 1993, a partir de 1996, así como para los años subsiguientes. Asimismo, los descuentos de la mesada pensional al sistema de seguridad social en salud y al régimen de pensiones.*

***ARTÍCULO TERCERO:** El valor de la pensión se pagará únicamente a su titular, pero en el evento de que éste no pueda efectuar el cobro, se pagará a la persona autorizada en debida forma, previa presentación del Certificado de Supervivencia en cada mes."*

Es preciso que se puntualice que la pensión plena de jubilación reconocida al demandante a través de la mentada Resolución No. 008 del 8 de marzo de

1995, derivó de una conciliación que efectuara con la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. el 22 de diciembre de 1994 ante la INSPECCIÓN DIECISÉIS DE LA DIRECCIÓN REGIONAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ DEL MISNISTERIO DEL TRABAJO.

Allí se determinó además que los tiempos laborados por el señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI al servicio de su empleador se comprendieron entre el 5 de junio de 1971 y el 10 de junio de 1972 y entre el 13 de noviembre de 1972 y el 7 de febrero de 1995, interregno laborado que tampoco fue refutado por las partes en juicio, además del hecho que se acordó que la prestación no podría ser superior a un tope salarial de 15 S.M.L.M.V.

Entonces, se reitera que del contexto literal de la resolución de reconocimiento pensional del señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI, es evidente que el mismo se supeditó de la conciliación que efectuara con la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., conciliación que no yace dentro del plenario, de allí que resulte imposible analizar las pautas en que se pactó el reconocimiento prestacional, lo que a su vez implica que no haya prueba certera que advierta a la Sala que el derecho se haya otorgado bajo la égida de la pensión legal preceptuada en el artículo 260 del C.S.T., como así lo pretende el extremo accionante dentro del *petitum,* carga probatoria que le correspondía al actor, máxime si se tiene en cuenta que sus peticiones en todo momento gravitaron a una reliquidación de una pensión de jubilación de carácter legal .

Al respecto, frente a la carga probatoria, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia como lo es la sentencia SL538-2023, Radicación No. 93147 del 14 de marzo de 2023, efectuó un análisis acerca de la carga dinámica de la prueba al tenor del artículo 167 del C.G.P., donde expuso:

"La norma citada, en su primer inciso, prevé como regla general la carga

de la prueba como lo establecía anteriormente el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, esto es, quien quisiera probar el supuesto fáctico de las normas contentivas del efecto jurídico que persigue, así debe acreditarlo. Puesto, en otros términos, cada parte está en la obligación de probar los hechos de su demanda o de la defensa.

Refuerza lo anterior, lo dicho por la Corte en sentencia CSJ SC1301-2022, cuando al respecto precisó:

Desde el punto de vista normativo, la «carga de la prueba» emerge de la conjunción de los artículos 167 del Código General del Proceso, en cuyo primer inciso consagra que «[incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen» y 1757 del Código Civil, conforme al cual, «[incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta». El tratadista Hernando Devis Echandía, señala que esta noción involucra dos aspectos, a saber,

"1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuales son los hechos que a cada uno le interesa probar (…) para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

Según se aprecia, es enfática la Alta Corporación en exponer la necesidad de la parte interesada, en este caso el extremo accionante, de probar sus dichos; circunstancia por la cual, por el simple hecho de haber manifestado que la pensión de jubilación que fue reconocida por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. a través de la Resolución No. 008 del 8 de marzo de 1995 lo fue de carácter legal bajo la égida del artículo 260 del C.S.T., no es suficiente para el estudio de la reliquidación pretendida, pues debió haber demostrado en forma certera los parámetros en que fue reconocido el derecho prestacional.

De otra, como lo sostuvo el *a-quo*, no desconoce la Sala que al haber laborado el señor JORGE ENRIQUE TRUJILLO BERBESI al servicio de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES

DE LA FLOTA MERCANTE S.A. por los periodos comprendidos entre el 5 de junio de 1971 y el 10 de junio de 1972 y entre el 13 de noviembre de 1972 y el 7 de febrero de 1995, cumplió con el requisito de los 20 años de servicios que fueron ostentados el de noviembre de 1991, así como que era beneficiario de régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser merecedor de la pensión de jubilación reglada en el artículo 260 del C.S.T., toda vez que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad ya que nació el 28 de octubre de 1944 según da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 41 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS); no obstante, como se dijo, tal razón no es suficiente para que la Sala estime interpretar que la pensión reconocida por el actor mediante la Resolución No. 008 del 8 de marzo de 1995 fuese de orden legal, situaciones todas por las que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia correrán a cargo de la parte demandante y a favor de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVIASORA S.A., como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, ASESORES EN DERECHO S.A.S. y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y sucesora procesal de la extinta FLOTA MERCANTE.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVIASORA S.A., como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, ASESORES EN DERECHO S.A.S. y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y sucesora procesal de la extinta FLOTA MERCANTE. Se fijan como agencias en derecho la suma de $200.000 y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO ÁVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 05 2021 00586 01**
Demandante:	AGUSTIN GUAVITA HORTUA, CELINA HERNANDEZ HORTUA, JOSE LEONARDO GUAVITA HERNANDEZ Y CATALINA GUAVITA HERNANDEZ
Demandado:	PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 13 de junio de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

AGUSTIN GUAVITA HORTUA, CELINA HERNANDEZ HORTUA, JOSÉ LEONARDO GUAVITA HERNANDEZ y CATALINA GUAVITA HERNANDEZ, esta última representada por los dos primeros, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de PROTECCIÓN S.A., con el fin que se declare que en calidad de padres y hermanos de CINDY LORENA GUAVITA HERNÁNDEZ (q.e.p.d.), tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por haber dependido económicamente de su hija y hermana, asimismo, se declare que el monto de su pensión mensual asciende a $2.092.280 en razón a que contaba con 416 semanas y que cotizaba sobre $4.000.000.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretenden se condene a PROTECCIÓN S.A. a pagar la pensión de sobrevivientes al padre y a la madre por haber dependido económicamente de su hija CINDY LORENA GUAVITA HERNÁNDEZ (q.e.p.d.) a partir del 5 de marzo de 2021 fecha de su fallecimiento, en monto inicial de $2.092.280, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicaron los demandantes AGUSTIN GUAVITA HORTUA y CELINA HERNANDEZ HORTUA que contrajeron matrimonio católico, unión de la nacieron tres hijos de nombre CINDY LORENA, JOSÉ LEONARDO y CATALINA GUAVITA HERNÁNDEZ; añadiendo que el grupo familiar era sostenido en cuanto a los gastos de vivienda, alimentación, salud y educación de JOSÉ LEONARDO y CATALINA con los aportes económicos que realizaba CINDY LORENA GUAVITA HERNÁNDEZ como servidora de las Empresas Públicas de Cundinamarca, ya que el padre se encontraba desempleado hace diez años, en consecuencia, no tiene renta, ni peculio propio y padece de quebrantos de salud.

En otro giro, informan que CINDY LORENA GUAVITA HERNÁNDEZ falleció el 5 de marzo de 2021 y que se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral, efectuando así aportes a pensión a través de PROTECCIÓN S.A. desde el 1 de noviembre de 2013 hasta la fecha de su óbito, sobre un IBC de $4.000.000.

Por último, refieren que posterior al deceso de su hija, AGUSTIN GUAVITA HORTUA y CELINA HERNANDEZ HORTUA reclamaron la pensión de sobrevivientes, pedimento que estuvo acompañado de las pruebas que daban cuenta de la dependencia económica de ellos y la de sus hijos, empero, la encartada negó el derecho pensional y a cambio ofreció el pago de la correspondiente indemnización. (f. 1 a 13 archivo 02)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones que se elevan en el *petitum*, arguyendo que los demandantes no dependían económicamente de la afiliada al momento de su fallecimiento y por tanto no tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de dependencia económica, buena fe, la innominada o genérica, inexistencia de intereses moratorios y prescripción. (f. 2 a 9 archivo 05).

En la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, en la etapa de la fijación de litigio se aceptó el desistimiento que presentó el apoderado de la parte actora, respecto de las pretensiones elevadas por los hermanos de la causante JOSÉ LEONARDO GUAVITA HERNÁNDEZ y CATALINA GUAVITA HERNÁNDEZ. (archivo 10)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de junio de 2023, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de emitir condena en costas.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* señaló que los demandantes aducían que eran dependientes económicamente de la causante de forma parcial, entre tanto, la demandada sostenía que no se daban los presupuestos legales ni jurisprudenciales para acceder a la prestación. Dicho esto, refirió que en el *sub examine*, se había demostrado que CINDY LORENA proporcionaba la ayuda de un buen hijo, lo que es diferente a dependencia así fuese total o parcial de los padres frente al hijo fallecido, lo que conllevaría a la absolución de la demandada.

Tesis a la que arriba después de señalar que estaba acreditada la condición de padres de los demandantes respecto de la causante CINDY LORENA, la cual no tenía pareja e hijos y además contaba con 50 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones en los últimos tres años anteriores al deceso, el que acaeció el 5 de marzo de 2021.

Continuó exponiendo que según la valoración de cada prueba recaudada se podía concluir que no había lugar a reconocer el derecho; para lo cual trajo a colación la sentencia SL4884 de 2018, la cual hace referencia a la sentencia emitida por la Corte Constitucional C-111 de 2006, que señala las reglas sobre dependencia económica en casos en donde fallecen los hijo jóvenes, las que aluden a que, i) para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna, ii) el salario mínimo no es determinante de la independencia económica, iii) no constituye independencia económica recibir otra prestación, iv) la independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional, v) los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Y vi) poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica.

En ese evento, expuso que se debía examinar si al retirar del escenario la ayuda de la causante los padres seguirían siendo autosuficientes, determinando que según el interrogatorio rendido por la madre de la causante, se tenía que la congrua subsistencia del hogar desde que nació el primer hijo hasta que fallece la causante se mantuvo con los ingresos de los padres, recordando que la madre lleva 26 o 28 años en la misma empresa en la cual ha tenido estabilidad y acceso a servicios financieros, lo que les permitió que sus hijos lograran acceder a buenos colegios y buenas universidades, todo en el contexto de padres, acotando que el trabajo del padre como independiente no era mínimo como lo indicaban lo gestores, pues le permitían acceder a un ingreso similar al mínimo pues así lo confesaron y el actor tenía un medio de transporte, y que además tales ingresos les permitieron acceder a una vivienda propia, y ese esfuerzo les

permitió brindar a los hijos herramientas para acceder a estudio, siendo el hijo mayor el único que se fue del hogar.

Sumado a lo anterior, añadió que la causante hizo lo que todo buen hijo haría, como lo es colaborar con aspectos básicos como los servicios, además decidió ayudarle a los hermanos, pues así lo indica el informe del fondo privado el cual da cuenta que se mezclaron los ingresos de todo el grupo familiar y no solo el de los reclamantes, de manera que, la economía del hogar mejoró, lo que no quiere decir que la situación haya sido crítica; al contrario tenían vivienda y un vehículo que es la herramienta de trabajo del padre, luego obtenía su congrua subsistencia, de modo que el hijo iba a restituir al hogar lo que le habían dado, lo que no dejaba de la lado que los padres fueran autosuficientes, pues seguían sufragando gastos como la universidad de su hijo.

En cuanto al informe que refirió que la causante vivía con sus padres quienes dependían económicamente de la afiliada; adujo que ese documento incurrió en el error al incluir los gastos de los hermanos, los cuales son gastos del hogar el cual incluye el crédito del vehículo, para lo cual la causante hizo un convenio con su padre, acordando que ella asumiría las cuotas, mientras que su padre accedería a un crédito, quien entonces tenía capacidad en tanto le fue desembolsado en cuantía de $50.000.000 según enseñan las reglas de la sana crítica.

En tal sentido concluyó el Juez de instancia que en este caso no se acreditada la dependencia económica como lo ha indicado la jurisprudencia, dado que los demandantes siguen siendo autosuficientes económicamente para materializar todos los derechos fundamentales de acuerdo a su congrua subsistencia y de acuerdo al contexto familiar en el que siempre han vivido. Declarando en consecuencia probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolviendo a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el extremo activo, absteniéndose de condenar en costas a las partes.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Al respecto, señala que la decisión de instancia es violatoria de la ley por interpretación errónea de la misma, pues en inicio no se dijo en qué consiste el calificativo de *"buen hijo"* respecto del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual desconoció el *a-quo* junto con la jurisprudencia.

Pues según el artículo 413 del Código Civil, que regula lo referente a los alimentos congruos los cuales habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de manera que, si eso fuera así en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 debería haberse referido a esos alimentos, aunado a que ese mismo artículo señala cuáles son los alimentos necesarios y en este comprenderían la vivienda, educación, alimentación y un bienestar para una persona digna.

Luego, se hace interpretación errónea de las normas pues el Juez de instancia solo centra su convencimiento de la falta de dependencia económica, en la declaración de la demandante sin darle valor al informe que trajo la misma demandada, contrariando lo normado en los artículos 244 y 250 del C.G.P., máxime que el informe no se debe fraccionar; adicionalmente no valoró las declaraciones extra juicio que se arrimaron al proceso, de los que no se solicitó su contradicción conforme lo dicho por la jurisprudencia, por ende son plena prueba.

Entonces según el dicho del Juez, los alimentos tienen que ser congruos no necesarios y por el hecho de que la causante murió prematuramente, es suficiente para que los demandantes vivan en el estrato 2; además, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no indica que con la ayuda de la causante se debía ascender a otro estrato. En síntesis, aduce que hubo una indebida valoración de las pruebas, pues no se examinó todo en su contexto, y da un alcance a la citada norma que alude a que se debía demostrar que la ayuda era para alimentos congruos, dejando fuera el resto del artículo 413 del Código Civil.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si ante el fallecimiento del afiliado causante CINDY LORENA GUAVITA HERNANDEZ (q.e.p.d.), procede el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en beneficio de sus padres, en caso afirmativo, se deberá examinar la prosperidad de las demás pretensiones de la demanda.

c. De la pensión de sobrevivientes:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub examine*, es menester precisar que en el trámite procesal se encuentra demostrado que la causante CINDY LORENA GUAVITA HERNANDEZ (q.e.p.d.) falleció el 5 de marzo de 2021, y que alcanzó un cúmulo de 158.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones a través del fondo de pensiones accionado, según la información contenida en su Historia Laboral, contando con más de 50 semanas en los tres años anteriores al deceso. Además, se pudo determinar que los demandantes ostentan la condición de madre y padre de la afiliada fallecida, hechos que se corroboran con el registro civil de nacimiento, el registro civil de defunción y la historia laboral de la causante que yacen en el plenario. (f. 8 a 10 archivo 04 y f. 85 a 98 archivo 05).

De acuerdo a lo expuesto, es del caso memorar que conforme a lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la pensión de sobrevivientes pretendida, debe ser la vigente

al momento del deceso del causante, por tanto, al haber fallecido la afiliada el 5 de marzo de 2021, el presente asunto deberá analizarse bajo la égida del artículos 73 y 74 de Ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que regula la pensión sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Al respecto, el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, señala sobre los requisitos y monto de la prestación objeto de análisis, lo siguiente:

> *"Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley."*

De esa forma, el artículo 46 *ibidem,* modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, indica en su numeral 2º que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

Adicionalmente, el artículo 74 del mismo compendio normativo, modificado por artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en su literal d), estable al respecto:

> *ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"[…]*
>
> *"d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este".*

De lo expuesto, es diáfano que son dos los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes en casos como el que ocupa la atención de la Sala, esto es, que la afiliada fallecida acredite cincuenta (50) semanas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento y que los padres acrediten la dependencia

económica respecto de la hija fallecida, advirtiéndose que en el caso de marras el primero de los presupuestos se encuentra plenamente acreditado, pues la causante alcanzó más de cincuenta (50) semanas en los tres años anteriores al deceso, superando con creces tal exigencia de la ley, sin embargo, deberá esta Corporación verificar si se cumple con el requisito de dependencia económica.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL964-2023, Radicación No. 94309 del 8 de marzo de 2023, señaló:

> *"En punto a la dependencia económica que exige el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para tener por beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los ascendientes del causante, como con acierto lo asentó el Tribunal, de tiempo atrás esta Corporación ha adoctrinado, que ella no implica una sujeción total y absoluta del posible beneficiario a los ingresos económicos que percibía del causante, por manera que no excluye la existencia de distintas fuentes de recursos, propios o provenientes de otras personas, pues no es necesario que se encuentre en estado de pobreza o indigencia (sentencias CSJ SL400-2013 y CSJ SL3630-2014, entre muchas otras)**. Así quedó definido, además, en el fallo CC C111-2006, que declaró inexequible la expresión «…de forma total y absoluta…» contenida en la versión original de la mencionada disposición.*
>
> *"Ahora bien, la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a quien la alega, en este caso el padre de la afiliada fallecida, y el convocado deberá desvirtuar esa sujeción material, mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autonomía financiera del progenitor (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 36026).*
>
> *"Además, el cumplimiento de la consabida exigencia debe ser verificado en cada caso concreto, por lo que deben valorarse las particularidades de quienes la alegan, en relación con la contribución que recibían del causante y su incidencia en la atención de sus necesidades básicas, en condiciones de dignidad y suficiencia."* (Subrayado por la Sala)

Esa misma Corporación en sentencia SL1273-2023, Radicado No. 93790 de 31 de mayo de 2023, explico sobre la autosuficiencia de los padres y la prueba de lo aportado por el hijo fallecido, que:

> *"Al margen del carácter fáctico de la acusación, es menester precisar que la subordinación financiera no requiere ser absoluta, pero debe acreditarse que el padre o madre reclamante, recibía una contribución significativa de su hijo fallecido. Esta Sala de la Corte tiene adoctrinado, que la dependencia económica de los padres no está supeditada a la prueba de un*

nivel de pobreza extrema que roce con la mendicidad, pues el hecho de recibir ingresos de otra fuente no desvirtúa la subordinación, siempre que no los convierta en autosuficientes (CSJ SL1168-2019).”

(…)

“Además esta Corporación ha enseñado, entre otras sentencias CSJ SL18980-2017 y CSJ SL3113-2018 que no resulta trascendental demostrar «[…] a cuánto ascendían los recursos y gastos del causante» y, en la CSJ SL3721-2020, que «[…] para la configuración del derecho a la pensión de sobrevivientes, no es necesario acreditar el monto exacto de lo aportado por el causante».”

Conforme a lo anterior, se deja en evidencia que no todo ingreso económico equivale *per se* a una independencia económica, ya de acuerdo a lo establecido por el Alto Tribunal, no se requiere que el progenitor se encuentre en un estado de indigencia o mendicidad para acreditar dicho requisito, aunado a que no es requisito verificar el monto exacto del aporte del causante.

Así mismo, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL5027 de 2021, al memorar lo adoctrinado por esa misma Corporación en proveídos CSJ SL14923-2014 y CSJ SL1448-2020, sobre la acreditación de la dependencia económica, dijo lo siguiente:

“De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.” (Subrayado fuera de texto)

Frente a la ayuda del buen hijo, esa Alta Corporación ha dicho, entre otras en sentencia SL3141-2023, con radicación No. 90154 de 8 de noviembre de 2023:

> *"Bajo estas directrices, no incurrió el Tribunal en ningún error jurídico, pues lo cierto es que le brindó el entendimiento correcto a la exigencia de la dependencia económica de los padres, acorde a la sentencia C- 111-2006 de la Corte Constitucional y a la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, en el entendido de que la subordinación económica, exigida para el acceso a la pensión de sobrevivientes, debe diferenciarse de la mera ayuda del buen hijo y que se configura en los eventos en que la contribución sea fundamental para garantizar condiciones de vida decorosa y digna de los padres, lo cual, destacó, no estaba acreditado en las pruebas arrimadas al proceso."*

En cuanto a la valoración de los testimonios en casos como el que ocupa la atención de este Juez Colegiado, conviene traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3967-2022, Radicado No. 86641 de 24 de octubre de 2022, en la que se indicó sobre el asunto:

> *"Por último, se debe resaltar que, en ejercicio de la libertad de estimación probatoria (CSJ SL1982-2020 y CSJ SL3596-2020), así como en uso de las reglas de la sana crítica, para esta Sala se aleja de todo sentido lógico y racional que la petente afirmara en el documento titulado «declaración para acreditar el derecho a la pensión de sobrevivencia- pensión obligatoria» (f.° 155 a 156, ibidem) que su descendiente fallecido le entregaba $2.000.000, monto que supera la totalidad de los ingresos sobre los que cotizaba, pero, a su vez, el causante tuviese que responder por la universidad del hermano menor y cancelar un seguro de vida de su madre, conforme lo dijo el declarante William de Jesús Carmona Gutiérrez (f.° 176 CD min 10:30, cuaderno principal), sin que contara el de cujus con soporte alguno para su necesidades personales, como transporte diario al trabajo, alimentación u otros gastos.*
>
> *No está de más precisar que resulta innecesario realizar en esta sede del estudio de la declaración para acreditar el derecho a la pensión de sobrevivencia-pensión obligatoria (f.° 155 a 156, ibidem), en armonía con el historial de aportes en Protección S. A. (f.° 16 a 18, cuaderno principal) y lo dicho por el testigo (f.° 176 CD min 10:30, cuaderno principal), pues basta para ello remitirse a lo argumentado en casación; sin que este de más puntualizar que las inconsistencias exaltadas en dicha oportunidad de lo declarado por el señor Carmona Gutiérrez, le resta certeza y credibilidad a su dicho en aras de demostrar la alegada dependencia económica.*

Tampoco se puede pasar desapercibido que, aunque el declarante aseveró que en los cuatro meses que cohabitó con la familia del causante observó cómo le compraba el mercado a su familia, también lo es que manifestó que conocía de los hechos, porque el señor Romero Ospina le contaba y que el tiempo restante del año (ocho meses) que no vivía con ellos, vía telefónica su compañero le revelaba sus responsabilidades con el hogar.

Por tanto, aunado a que sus afirmaciones presentaron contradicciones con la declaración propia de la accionante, también lo es que, como se dijo en providencia CSJ SL, 6 mar. 2007, rad. 29422, citada en CSJ SL4713-2021, es deber del juez:

[…] valorar la fuente del conocimiento del testigo y con base en ello deducir incluso la validez que le otorga como medio demostrativo:

La Sala de Casación Civil de la Corte destacó en sentencia de 1° de septiembre de 2003, que "Tales declaraciones (de testigos de oídas), valoradas conforme las reglas de la sana crítica, no merecen credibilidad y, en consecuencia, no crean convencimiento, como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o ex auditu "son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira", de donde "está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas" (G.J. t, CLXVI, pags. 21 y 22)" (Exp. No. 6943).

En consecuencia, analizadas sus aserciones, con las demás pruebas, aquél no brinda total convicción y credibilidad para los fines a lo que fue convocado." (Subrayado por la Sala)

d. Del caso en concreto

Descendiendo al *sub-examine*, y acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., la Sala procede a examinar el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal a efectos de verificar la procedencia de la concesión de la prestación pensional deprecada por parte de los progenitores de la afiliada fallecida.

En punto de lo anterior, se allegaron al plenario la comunicación dirigida a la actora por parte de la enjuiciada, adiada el 20 de septiembre de 2021 en la que niega la prestación pensional que se depreca por activa, arguyendo que no se

acreditó la dependencia económica respecto del afiliado fallecido. (f. 75 a 84 archivo 05)

Igualmente, se aporta Informe de Investigación de dependencia económica efectuado por la sociedad Análisis Estratégico Integral – A.E.I., en el que se indica además de la causa del deceso de la afiliada, el hecho que era soltera, no tenía hijos y vivía con sus padres, a su vez, se relacionan como ingresos mensuales del grupo familiar antes del deceso de la *de cujus* un total de $6.050.000, precisando que la hija fallecida recibía como ingresos $4.000.000, y los padres reclamantes de la prestación $2.050.000; en cuanto a los gastos del grupo familiar se indica que la causante aportaba $1.900.000, la madre $1.050.000 y el padre de $1.000.000, para un total de aportes del grupo familiar para gastos de $3.950.000; es decir, que la hija aportaba el 48.10% de los gastos del grupo familiar y los padres el restante, además se detalla que afiliada aportaba entre otros $1.400.000 para la cuota de un carro y el restante para servicios y alimentación. Asimismo, se indica que la causante no tenía bienes inmuebles a su nombre, empero, la madre si posee tres inmuebles entre se incluye uno en conjunto con el padre. Por último, se observa que en las conclusiones del informe se señala que los reclamantes dependían económicamente de la afiliada. (f. 25 a 74 archivo 05)

De otro lado, se practicó interrogatorio de parte a la demandante, señora CELINA HERNANDEZ HORTUA, quien manifestó que labora en servicios generales hace 28 años en la misma empresa, que tiene un hijo mayor de nombre JIMMY CAMILO, que cuando este nació ella ya laboraba en ese lugar y su cónyuge trabajaba en VOLVO donde prestó servicios por espacio de cuatro años, misma época en la que nació su hija CINDY, y que después de eso su esposo cónyuge laboró en CENTRAL DE LICUADORAS, en donde permaneció hasta cuando su hija tenía la edad de 8 o 10 años.

Aduce que cuando su consorte deja de laborar en esa empresa, ella seguía trabajando, aclarando que con su salario adquirían comida y su esposo sufragaba los servicios, que después de vivir en el barrio Quiroga compraron un

apartamento con dinero prestada en Los Alpes en la localidad 4ª de San Cristóbal la cual es estrato 2, agregando que una tía de su cónyuge les prestó un dinero y después obtuvieron el subsidio familiar, y que dichos créditos los solucionaron los dos con el fruto de su trabajo, precisando que cuando CINDY tenía entre 8 y 10 años el padre dejó de trabajar, pero aún no habían terminado de pagar el crédito del apartamento, entonces debieron refinanciar y luego ella logró satisfacer el crédito con sus cesantías.

De otra parte, refiere que CINDY y su hermano YIMMI se graduaron de bachillerato del Colegio Mayor de San Bartolomé a los 17 años, que luego su hijo inició a estudiar Ingeniería Ambiental la cual interrumpió porque tuvo un hijo, y luego retomó sus estudios los cuales está culminando; que cuando CINDY se graduó de bachiller su hermano y ella estudiaban en el colegio de manera gratuita.

Después de eso CINDY estudió en el SENA un tecnólogo en construcción y posterior a ello entró a estudiar en la UNIVERSIDAD GRAN COLOMBIA, estudios que cubrió con un crédito que obtuvo por su cuenta en el ICETEX, que solo trabajaba los fines de semana con un ingeniero que era amigo, y que su hermano también laboraba los fines de semana en logística; igualmente, refirió que CINDY se graduó en 2014 de la universidad, laboró en un restaurante y ayudaba con los servicios y luego ingresó a trabajar en Empresas Públicas de Cundinamarca, fecha en la que inició a ayudarles en los gastos el hogar así con los de sus hermanos.

Seguidamente señaló que CINDY tuvo la iniciativa de adquirir un vehículo en el año 2020, empero, no le consta en qué banco; que ella pagó la cuota inicial y el padre se encargaba de las cuotas con el trabajo que se rebuscaba arreglando lavadora y ollas a presión. De otro lado, destacó que CINDY ahorraba su dinero, enfatizando que siempre vivió con ellos y que su hijo YIMMY cuando nació su bebé se fue del apartamento en el año 2016, quedando cinco personas habitando la vivienda; que la colaboración de la causante con sus hermanos consistía en comprar ropa y actividades de entretenimiento.

Que en 2020 CINDY laboró en pandemia de manera virtual y presencial. En cuanto a los recibos de servicios públicos que obran en el plenario señaló que para 2019 y 2020 pagaban en promedio por gas $12.000 o $14.000, luz $60.000 y agua entre $56.000 y 65.000, y que su hijo JIMMY cuando se fue del hogar no les colaboraba con dinero. Manifiesta la gestora que ella tiene un lote en el campo en Chipaque que es producto de una sucesión entre cinco hermanos. Además, sostiene que en la actualidad siguen solucionando el crédito del vehículo y que un hermano de su esposo a veces trabaja el carro en Uber; igualmente narra que después del deceso de CYNDI ellos se siguen haciendo cargo del pago de servicios públicos.

Refiere que antes de la muerte de CYNDI el carro no se utilizaba para prestar servicios en Uber; aclara que además del lote tenían una finca la cual también era también producto de una herencia que debieron vender con otros doce hermanos en octubre de 2022, para pagar los gastos de la otra finca; que de los créditos que tenía su hija uno de ellos era con el ICETEX, pero no recuerda con que otros bancos ni los montos.

Señala que su esposo arregla lavadoras y licuadoras a domicilio y que ella lo tiene como beneficiario en el sistema de salud y que realiza aportes a COLOMBIA MAYOR a pensión pero como $30.000, que ella para el año 2020 adquirido un préstamo con la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE DESARROLLO SOCIAL LIMITADA SIDES por $2.500.000 y que antes de 2021 pidió otros dos préstamos a esa cooperativa los cuales no han sido constantes, además, señala que la tarjeta del Éxito y el crédito del banco están a nombre de su esposo.

El demandante AGUSTIN GUAVITA HORTUA, aseveró que el adquirió un vehículo con su hija, y que en la actualidad hace uso de créditos para pagarlo, aclarando que su hija no podía acceder al crédito por cuanto ya tenía una obligación con el ICETEX, motivo por el cual él prestó su nombre; igualmente, refirió que el carro fue adquirido por $77.000.000, y que para el trámite le pidieron extractos bancarios los cuales no tenía, ante lo cual presentó el

extracto de una tarjeta de crédito del Éxito, junto con la fotocopia de su cédula y quien aprobó el crédito fue RCI Colombia.

De otra parte, expuso que tiene 59 años y que lleva unos trece años cotizando en el régimen subsidiado de pensiones y cuando estuvo cesante dejó de cotizar unos cinco años; igualmente, sostuvo que su trabajo como independiente lo realiza desde el año 2001 reparando licuadoras y lavadoras y otros electrodomésticos, por lo cual obtiene como ingreso el salario mínimo, añadiendo que no tiene otros bienes aparte del apartamento en donde vive.

Por último, indica que el semestre de su hijo JOSÉ LEONARDO de 2019 y 2020 lo pagó su esposa por valor de $130.000 en la Universidad Nacional y que en los dos meses que su hija estuvo hospitalizada por COVID19 los gastos del hogar fueron repartidos entre él y su cónyuge.

En el interrogatorio de parte rendido por PAOLA ANDREA AMAYA RODRÍGUEZ en su condición de representante legal de PROTECCIÓN S.A., señaló que el proveedor del fondo privado que realiza la investigación, en este caso Análisis Estratégico Integral AEI, efectúa unas conclusiones las cuales son valoradas por el área correspondiente, para verificar si hay lugar o no al reconocimiento de la prestación, empero, si bien el informe indica que existe dependencia económica, no era determinante para acceder a la pensión de parte de los padres hacia la afiliada, pues el fondo además valora todos los documentos que existen en el expediente para tomar la decisión, advirtiendo que al momento de la reclamación se dice que al 2 de julio de 2021 el aporte de la afiliada CINDY LORENA eran de $900.000, pero en la investigación informan que era de $1.900.000.

Por lo que, si bien la afiliada le hacía unos aportes a los demandantes, estos siguieron teniendo el mismo nivel de vida que tenían después de la muerte de la afiliada de acuerdo a los documentos que reposan en dicha investigación. Igualmente, señala que la investigación de AEI fue con la aquiescencia de los demandantes quienes entregaron la documentación que reposa en el

expediente, documento que se lee por las partes previo a su firma conforme reposa en el expediente, y además autorizan que obre la documentación que yace en la investigación.

Entre tanto, el testigo JOSÉ LEONARDO GUAVITA manifestó que estudia en la Universidad Nacional Ciencias de la Computación, carrera que empezó en agosto de 2019, que desde que su hermana se graduó de la universidad consiguió trabajo en la Gobernación a inicios de 2018. Además, señala que colaboraba económicamente a sus padres con el mercado y los servicios y todo lo que necesitaran, acotando que ella era la primera que los alentaba si había algún gasto, por ejemplo, en el caso del vehículo.

Señaló que en esa época su padre tenía una camioneta más vieja y permanecía en el taller y él lo necesitaba para su trabajo, para movilizarse y llevar herramienta; además, que antes que la afiliada empezara a laborar, el hogar era sostenido con el salario de su madre y lo que pudiera conseguir su padre.

La testigo DONATILA OSORIO LIZARAZO dijo que conoce a los demandantes hace 24 años cuando llegaron a vivir a la Urbanización Bosque de los Alpes mismo lugar donde ella reside, porque sus apartamentos son cercanos; que por ello conoció a la causante al ser de la edad de su hijo menor. Que ella no acostumbraba a visitar la vivienda, no obstante, el actor hacía arreglos de electrodomésticos u otros favores.

Que la causante le comentó que estaba trabajando en las Empresas Públicas de Cundinamarca para el año 2020, y en una ocasión le indagó por el trabajo de su padre, ante lo cual le dijo que ahora se preocupaba menos, toda vez que ella ya tenía la oportunidad de colaborarles con el mercado y el vestuario de sus hermanos menores, de modo que la situación ya había cambiado porque recibía un sueldo de un poco más de $4.000.000, pero no sabe en detalle con cuanto les colaboraba.

Bajo ese escenario, advierte la Sala que en efecto se acreditó que los gestores son los progenitores de la afiliada fallecida, quien contaba con más de 50

semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores al deceso, y que no existían otros beneficiarios diferentes a los accionantes con derecho a reclamar la pensión de sobrevivientes que aquí se analiza, además, que la causante vivía como padres y dos hermanos menores, de los cuales uno a la fecha del óbito estaba en la universidad y su hermana menor en el colegio.

En este punto, y afectos de avanzar con el análisis de los argumentos esgrimidos por el apelante, conviene mencionar que la Sala no considera pertinente centrar únicamente el estudio del caso bajo la egida del artículo 413 del Código Civil, que regula lo atinente a los alimentos congruos y necesarios, pues ello implicaría que el objeto de debate se concitaría en la ayuda alimentaria que los hijos deben a sus padres por toda la vida de estos, tal como lo establece el artículo 411 del Código Civil, obligación que permanece en el tiempo respecto del alimentario según las voces del artículo 422 *ejusdem*, tal como se indicó en sentencia SL695 de 2013; lo que conllevaría a pasar por alto los demás aspectos que deben ser analizados frente a la acreditación de la dependencia económica de los padres hacia los hijos, como ya se explicó.

Ahora bien, del acervo probatorio recaudado se pudo determinar que la demandante percibe el salario mínimo mensual legal vigente producto de los servicios que presta para la empresa donde indica labora hace aproximadamente 28 años, y que además del apartamento donde reside la familia de la afiliada fallecida el cual es de su propiedad y de su cónyuge, es propietaria de un lote en el campo producto de una herencia, que que con su sueldo compran comida y su cónyuge se encarga del pago de los servicios públicos.

Ahora, si bien adujo que su hija se graduó de la universidad en 2014, al parecer el ingreso de aquella a las Empresas Públicas de Cundinamarca solo se daría hacia 2018, como se explicará más adelante, momento a partir del cual empezó a ayudarles en la casa con algunos gastos, igualmente los demandantes y el testigo JOSÉ LEONARDO GUAVITA coinciden en que fue CINDY quien tuvo la iniciativa de adquirir un vehículo, adquisición que se llevó a cabo en el año 2020

con un crédito que obtuvo su padre, enfatizó la actora que su hija solucionó la cuota inicial y el padre encargaría de las cuotas con el producto de su trabajo arreglando lavadoras y ollas a presión, entre otros.

Por su parte, el demandante constata que el vehículo se trata de una camioneta RAM modelo 2020 doble cabina, y que el crédito se tramitó a su nombre por cuanto su hija tenía un préstamo en el ICETEX de $38.000.000, de modo que no tenía capacidad de endeudamiento; que el automotor fue negociado en $77.000.000, y el crédito fue de $50.000.000 el cual sería pagado con unos ahorros que tenía su hija, quien además se haría cargo de pagar la cuota, la cual ascendía a $1.500.000; aspecto que se acompasa con el extracto que milita en el expediente, más exactamente en el informe de dependencia económica en el que se observa que el crédito fue desembolsado a nombre del demandante el 31 de agosto de 2020 por $50.000.000, y que la cuota mensual asciende a $1.439.626.

A su vez, no puede pasarse por alto que el hermano de la afiliada JOSÉ LEONARDO GUAVITA e hijo de los demandantes, contrario a lo referido por la madre, sostuvo que desde que su hermana se graduó de la universidad consiguió trabajo a inicios de 2018, lo que guarda consonancia con la Historia Laboral que allega la demandada con la contestación, en la que se evidencia que realizaba aportes como independiente desde febrero de 2018, con un IBC que oscilaba entre el $1.200.000 y el $1.600.000; además indicó que la idea del carro surge porque su padre tenía una camioneta vieja que permanecía en el taller y la necesitaba para trabajar, por lo que su hermana se ofreció a apoyarlo con su sueldo para pagar la deuda, empero, dijo desconocer el acuerdo al que llegaron padre e hija sobre el particular.

A su turno, la testigo DONATILA OSORIO LIZARAZO pese a señaló que la causante le había dicho que a partir de que empezó a laborar en las Empresas Públicas la situación de su familia había mejorado porque ya les podía colaborar más, lo cierto es, que no tenía conocimiento cierto de cuánto era el aporte de la afiliada a sus padres para el sostenimiento del hogar, lo que la convierte en una

testigo de oídas. Adicionalmente, conviene mencionar que contrario a lo dicho en la apelación, en el informativo no obran declaraciones extrajuicio a efectos de proceder con su valoración.

Puestas así las cosas, concluye la Sala que si bien la jurisprudencia ha dicho que no es necesario acreditar el monto exacto de lo aportado por el causante, no puede pasarse por alto que existen algunas contradicciones en el caso de marras, pues se aduce por activa que la hija fallecida ayudaba con los gastos del hogar y que además se hacía cargo del pago de las cuotas del precitado vehículo.

No obstante, no puede soslayarse que la activa sostuvo que los ingresos mensuales del padre siempre fueron sobre el salario mínimo, monto que aunado al pago de la tarjeta de crédito del Éxito al cual hizo mención se hacía cargo, deja en duda el monto real de sus ingresos mensuales, esto es que por lo menos fueran inferiores al mínimo, pues como dijo el *a quo* es evidente que las reglas de la experiencia enseñan que un crédito de $50.000.000, requiere ingresos superiores al salario mínimo mensual legal vigente, del cual para su obtención como lo explicó el padre en la declaración de parte no se tuvieron en cuenta los ingresos de la hija.

Aunado a que la madre confesó que la hija solo se haría cargo de la cuota inicial y su esposo del pago de las cuotas, lo que guarda consonancia con lo dicho por el mismo demandante, quien sostuvo que la hija aportaría una parte de sus ahorros para la compra del vehículo, el cual según lo manifestó el testigo JOSE LEONARADO GUATIVA se compró a razón de que el vehículo que tenía el padre era viejo, por lo que se puede inferir que la hija pensó en ayudar a su padre para que tuviese un medio de transporte que le permitiera desempeñar mejor sus labores.

Luego, si bien la hija se pudo hacerse cargo del pago de la cuota inicial, no está plenamente acreditado se haya hecho cargo del pago de las cuotas, y si en gracia de discusión se hubiese acreditado en definitiva que la *de cujus* hubiese ayudado con tales pagos, ello solo pudo darse por espacio de tres o cuatro meses, pues

recuérdese que en el Informe de Investigación de dependencia económica se indica que la afiliada trabajó hasta diciembre de 2020 y antes de su deceso el 5 de marzo de 2021, ya llevaba dos meses hospitalizada.

De manera que, no puede perderse de vista que si bien la causante puedo realizar aportes de manera regular a sus padres para el sostenimiento del núcleo familiar, contrario a lo indicado en el Informe de Investigación de dependencia económica que se obtuvo en el trámite administrativo, los mismos no alcanza tal identidad como para hablar de dependencia económica, debiendo recordarse que ese documento no ata el convencimiento del operador judicial, como para concluir tal aspecto, más si se tiene en cuenta que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, como lo quiere hacer ver el apelante.

De lo expuesto, lo que se infiere es que el auxilio que suministró la hija a los padres, se dio en un escenario de simple colaboración de un buen hijo, pues sus aportes en sentir de la Sala no logran ser suficientes como para predicar la dependencia económica de los padres respecto de la hija fallecida, y eventos como la compra del carro son prueba fehaciente de ello, pues de tal evento lo que se deduce es que la hija quiso colaborar al padre para que mejorara sus condiciones laborales, aunado a que la madre dijo que era el padre quien asumía el pago de las cuotas.

Además, el aporte que realizaba la *de cujus* no alcanza la relevancia necesaria para determinar de manera preponderante que sin este el mínimo sostenimiento de la familia se vería afectado ante su ausencia, o que los padres por si solos no era autosuficientes antes del deceso de la causante, pues nótese que estos se siguen sosteniendo como lo hacían antes de que la hija laborara y les colaborara, en suma no se probó que sin esa ayuda que efectuaba la afiliada se viera afectada la estabilidad económica de la familia, por el contrario, de lo visto hasta ahora, en el caso de marras se evidencia que los promotores eran autosuficientes antes de la muerte de su hija, y aun en la actualidad siguen asumiendo los gastos familiares.

En resumidas cuentas, para esta Colegiatura de las probanzas aquí analizadas no se puede determinar, como bien lo concluyó el Juez de instancia, que la parte actora dependiera económicamente de la causante, en tanto, no se probó en definitiva un monto por lo menos aproximado y la periodicidad de la ayuda de la hija a sus padres o en definitiva al grupo familiar para su sostenimiento, quedando solo en su dicho las aseveraciones que hicieron sobre el particular por parte de la activa al respecto.

En virtud de todo lo anterior, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la sentencia de primer grado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Sin **COSTAS** en esta instancia al no haberse causado.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de junio de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	1100131050 **06 2019 00056 01**
Demandante:	JENNIFER CATHERINE RODRÍGUEZ VARGAS
Demandado:	PROYECTOS DE COLOMBIA PRODECOL S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 2 de junio de 2023 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora JENNIFER CATHERINE RODRÍGUEZ VARGAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad PROYECTOS DE COLOMBIA PRODECOL S.A., a fin que se declare que entre las partes medió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de marzo de 2016 y el 3 de septiembre de 2018, el cual terminó por decisión unilateral e injusta del empleador.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago del auxilio de cesantías de los años 2016, 2017 y 2018, compensación de vacaciones, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, salarios del 1º de junio al 3 de septiembre

de 2018, indemnización moratoria, aportes al sistema general de seguridad social en pensiones y salud, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Se refirió en los supuestos fácticos de la demanda que entre las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido el 14 de marzo de 2016, desempeñándose como Arquitecta Diseñadora, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 6:00 p.m.; ascendiendo el último salario pactado a la suma de $2.354.000.

Relata que la sociedad empleadora no realizó los aportes a pensión entre el 1º de enero de 2018 y el 3 de septiembre de la misma anualidad; además, no solucionó aportes al sistema general de seguridad social en salud durante la vigencia de la relación laboral, ni ha pagado los dineros correspondientes a la liquidación de prestaciones sociales, adeudando además el auxilio de cesantías, prima de servicios, las vacaciones y el salario.

Finalmente, que el contrato de trabajo finiquitó el 3 de septiembre de 2018, en tanto el 6 de septiembre la empleadora remitió por correo electrónico la decisión de darlos por terminado aduciendo una justa causa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada PROYECTOS DE COLOMBIA PRODECOL S.A. contestó la demanda señalando que la demandante deberá acreditar la veracidad de los hechos narrados, los cuales son contradictorios y no le constan.

Refirió además que, si bien existió un contrato de trabajo, en vigencia del mismo se solucionaron todas las acreencias laborales y de la seguridad, así como que a la finalización la demandante no gozaba de ningún fuero de estabilidad.

Propuso y sustentó las excepciones de prescripción y falta de título y causa en el demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito en sentencia proferida 2 de junio de 2023 condenó a la parte demanda al reconocimiento y pago por concepto de salarios desde el 1º de junio de 2018 hasta el 3 de septiembre de 2018, auxilio de cesantías, prima de servicios de junio de 2017 y 2018, vacaciones, aportes a pensión entre el 1º de enero y el 3 de septiembre de 2018, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías de los años 2016 y 2017, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, la indexación de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa; absolvió de las restantes pretensiones y declaró no probada la excepción de prescripción.

En adición de la sentencia, declaró no probada la tacha por sospecha del testigo JUAN CARLOS ROJAS y declaró no probada la excepción de falta de causa y título.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que de la certificación laboral aportada al plenario y del interrogatorio de parte de la parte demandada, se acreditó la existencia del contrato de trabajo con vigencia entre el 14 de marzo de 2016 y el 3 de septiembre de 2018, la cual culminó por decisión de la trabajadora ante el reiterado incumplimiento del pago de acreencias laborales y de la seguridad; señaló que si bien en agosto de 2018 se produjo un desalojo de la sociedad por falta de pago del canon de arrendamiento, esa situación no modifica el extremo final, en tanto el servicio se continuó prestando desde el domicilio de la demandante.

De otra parte que, ante la negación indefinida, la parte demandada debía acreditar el pago de las acreencias laborales deprecadas, quien no cumplió tal carga probatoria, por lo cual accedió al pago de salarios, auxilio de cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a pensión. De igual manera, que por pasiva no se acreditó el cumplimiento de sus obligaciones, accediendo por ese motivo al pago de la indemnización por despido injusto, así como al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías como de la indemnización moratoria, al no acreditar un actuar de buena fe patronal.

En lo atinente a la prescripción argumentó que la demanda se presentó el 14 de enero de 2019, y si bien solo hasta el 21 de septiembre de 2022 se notificó la accionada por conducta concluyente, esto es, con posterioridad al término de un año que regula el artículo 94 del C.G.P., resalta que no se puede desconocer la sentencia SL8716 de 2014, atinente a que, si la demora se genera por negligencia del Juzgado o por maniobras del demandado, esa situación no puede afectar al trabajador.

En ese sentido, concluyó que la parte demandante durante todo el año 2019 allegó citaciones a la dirección de la demandada, en fechas 14 de febrero, 2 de marzo y 16 de mayo de 2019, además el 12 de julio 2019 allegó notificación al correo electrónico del certificado extraído del certificado de la Cámara de Comercio; el 19 de julio de 2019 se requirió a la parte demandante para que allegara la constancia de recibo, lo cual presentó el 8 de agosto de 2019, no obstante se deja la anotación que el correo no había sido abierto, ante ello el 3 de septiembre de 2019 se tuvo por no cumplido el acuse de recibió y se debió reiterar la notificación; por ello el 16 de septiembre de 2019 se solicitó que el Juzgado notifique por correo electrónico, trámite que se lleva a cabo el 1º de octubre de 2020 y el 15 de marzo de 2021 se requirió a la secretaría para que aporte la constancia, generándose un error, por lo que el 11 de febrero de 2022 se requiere nuevamente para la notificación por aviso; finalmente la empresa demandada el 21 de septiembre de 2022 contestó la demanda, por lo que se

tuvo por notificada por conducta concluyente. Así las cosas, el hecho de no haberse notificado dentro del año siguiente, obedeció a situaciones ajenas a la voluntad de la parte demandante.

En adición de la sentencia desestimó la tacha de sospecha del testigo, refirió que le otorgaba credibilidad a sus dichos, al haber laborado para la empresa como analista Contable; y declaró no probada la excepción de falta de causa y título.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló, manifestando que el término prescriptivo se configuró en tanto la demanda se notificó por fuera del término legal. Señaló que el Juzgado erró al asumir la culpa por una presunta mora, cuando en este evento el 28 de enero de 2019 se presentó la demanda, y solo 2 días después es admitida, por lo que el 31 de enero de 2019 se notificó al actor el auto admisorio, y solo hasta septiembre de 2022 el demandante realiza la notificación, que incluso se surtió por conducto de concluyente, estando en poder de la parte demandada el certificado de la Cámara de Comercio que le permitía proceder con la notificación por correo electrónico. De tal manera que la negligencia es imputable a la parte activa.

Argumenta que la decisión afecta los derechos fundamentales de la demanda, la extinción de las obligaciones y trasgrede el principio de improrrogabilidad; acota que no existen quejas disciplinarias o administrativas por mora judicial.

De tal manera que la prescripción debe declararse probada y absolver a la demandada por ese motivo, más aún cuando las normas procesales son de orden público y de imperativo cumplimiento, y no existió ningún actuar de mala fe por la pasiva para evitar su notificación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso, el problema jurídico se contrae a establecer si dentro del presente asunto goza de prosperidad declarar probado el medio exceptivo de prescripción impetrado por la parte demandada.

a. Del caso en concreto:

El artículo 488 del C.S.T., consagra que las acciones correspondientes a los derechos regulados en ese compendio normativo, prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; por su parte el artículo 155 del C.P.T. y de la S.S., regula que *"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual"*.

A su vez, el artículo 94 del C.G.P., aplicable por remisión según disposición del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., contempla:

> *"**ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA.** La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales*

providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

"La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

"La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

"Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

"El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez."

Así, si bien el término de prescripción puede interrumpirse por un lapso de 3 años, no puede pasarse por alto lo dispuesto en el artículo 94 del C.G.P., el cual contempla que la presentación de la demanda interrumpe la prescripción, siendo requisito *sine qua non* de tal tópico, el hecho que el auto admisorio debe notificársele al extremo pasivo dentro del término de un año contado a partir del día siguiente en que la admisibilidad de la demanda sea notificada a la parte demandante (anotación en estado).

Así las cosas, se declaró la existencia de un contrato de trabajo con la encartada por el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2016 y el 3 de septiembre de 2018, sin que se haya endilgado reproche alguno en el recurso de alzada.

La demanda se presentó el 14 de enero de 2019, como da cuenta el acta de reparto (fl. 1 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado.pdf), la cual correspondió por reparto al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el que

profirió auto admisorio el 30 de enero de 2019, siendo notificado la parte demandante mediante anotación en estado del 31 de enero de 2019 (Fls. 63 y 64 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado.pdf); de otra parte, la notificación a la sociedad PROYECTOS DE COLOMBIA PRODECOL S.A. se estimó verificada por conducta concluyente mediante auto del 19 de octubre de 2022 (fls. 1 a 3 archivo digital 07AutoDaContestadaDemanda.pdf), aduciendo para ello que la parte accionada otorgó poder y presentó contestación de la demanda el 21 de septiembre de 2022 (fls. 1 a 15 archivo digital 06ContestacionDemanda.pdf).

En este punto, la Sala puede colegir que al haber finalizado la relación laboral 3 de septiembre de 2018, la prescripción se interrumpiría con la presentación de la demanda radicada el 14 de enero de 2019, esto es, antes que haya transcurrido el término de tres (3) años, no obstante, no se cumplió con los lineamientos dispuestos en el artículo 94 del C.G.P., toda vez esta que no se notificó dentro del año siguiente a su admisibilidad que se llevase a cabo por el Juzgado por medio del proveído de fecha 30 de enero de 2019, notificado en el estado del 31 del mismo mes y año, sino tiempo posterior.

Vale la pena recalcar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que la regla establecida en el artículo 94 del C.G.P., referente a que la presentación de la demanda interrumpe el término prescriptivo siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación al demandante, no se aplica cuando dicha notificación no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado, como quiera que esa eventualidad no puede redundar en perjuicio del promotor del litigio, así lo expuso en sentencia CSJ SL8716-2014, rad. 38010, criterio reiterado en sentencia SL749-2021, Radicación No. 48491 de 2 de marzo de 2021.

No obstante, esa misma Corporación en SL5476-2021, Radicación No. 86282 de 29 de noviembre de 2021, al memorar lo sentado en la sentencia CSJ SL3693-

2017, refirió que le asiste responsabilidad al accionante de lograr la notificación oportuna del auto admisorio de la demanda, pues siendo una actuación que redundaba en su propio beneficio, debe adelantar todas las actuaciones tendientes al cumplimiento de ese acto en tiempo, en armonía con sus intereses litigiosos.

Con este entendimiento, estima la Sala que le asistió razón a la *a-quo*, en tanto la parte demandante procedió de manera inicial a enviar de manera diligente la citación para que la parte demanda comparezca a notificarse personalmente, tal como dan cuenta los correos certificados del 8 y del 28 de febrero de 2019, así como del 8 de mayo de 2019 (fls. 66 y 69 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado.pdf); e incluso elevó una petición de impulso procesal el 12 de julio de 2019, al haberse cumplido la citación de que trata el artículo 291 y 292 del C.G.P., solicitándose no solo que se proceda con la designación de curador *ad-litem,* sino que se puso de presente que también se procedió con la notificación por correo electrónico los días 8 y 9 de julio de 2019, a la dirección reportada en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la demandada, esto es el email agerencia@prodecol.net (fl. 76 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado.pdf).

Ante lo anterior, en auto del 19 de julio de 2019 (fls. 79 y 80 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado.pdf) se ordenó por el despacho que, previamente a ordenar el emplazamiento, se allegara constancia de *"acuse de recibo"*, actuación que cumplió la pasiva mediante escrito del 19 de agosto de 2019, en el cual se aporta constancia del 30 de julio de 2019, que da cuenta "*Tu email a agerencia@prodecol.net todavía no ha sido abierto",* denotándose una conducta evasiva de la parte demandada (fls. 81 y 82 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado.pdf).

Posteriormente, se advierte que el Juzgado estimó que la notificación no cumplía los requisitos legales, advirtiendo en auto del 3 de septiembre de 2019,

que el proceso se encontraba a disposición para adelantar los trámites de notificación (fls. 83 y 84 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado.pdf), ante lo cual por activa se solicitó que por secretaría del despacho se proceda a notificar a la dirección de correo electrónico, a lo cual se accede en proveído del 18 de septiembre de 2019, y en aplicación del artículo 291 del C.G.P. ((fls. 86 y 87 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado.pdf).

De tal manera, que entre enero y septiembre de 2019, la parte demandante actuó con diligencia, realizando los trámites de notificación bajo las previsiones del artículo 291 y 292 del C.P.T. y de la S.S., sin que la parte demandada compareciera a notificarse, e incluso remitió la notificación por correo electrónico, mensaje que no fue abierto por la pasiva; y a partir del mes de septiembre de 2019, el Juzgado resolvió asumir la notificación por correo electrónico.

De otra parte, no debe perderse de vista que en virtud de la pandemia COVID 19, mediante el Decreto 564 del 15 de abril de 2020 se determinó que los términos de prescripción previstos en cualquier norma sustancial o procesal se encontrarían suspendidos desde el 16 marzo 2020, lo cual se mantuvo hasta el 30 de junio de 2020, en tanto mediante Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, se levantó la suspensión a partir del 1º de julio de 2020.

En ese orden de ideas, el Juzgado solo realizó la notificación por secretaría hasta el 1º de octubre de 2020 (fls. 1 y 2 archivo digital 02Notificacion.pdf), tardanza que no resulta imputable a la parte demandante; aunado a lo anterior, en auto del 15 de marzo de 2021 se dispuso agregar la constancia de recibo del correo electrónico (archivo digital 03AutoDisponeAportarEntregaNotificacion.pdf), lo cual cumplió la secretaría del Juzgado, señalando el correo que *"contenía una opción desconocida por Outlook, por lo que se ha producido un error al generar confirmación"* (fl. 4 archivo digital 04ConstanciaNotificacion.pdf).

Finalmente, el 11 de febrero de 2022 el Juzgado emite auto en que dispone que la parte demandante deberá adelantar los trámites para la notificación por aviso de que trata el artículo 292 del C.G.P. (fls. 05AutoOrdenaNotificacionAviso.pdf); ahora bien, no se aporta actuación alguna con posterioridad a dicha fecha, pues se evidencia que es la parte demandada quien comparece al proceso, aseverando que le fue notificada la demanda por correo electrónico del 12 de septiembre de 2022, al señalar en la contestación de la demanda:

> *"El auto que admitió la presente demanda de fecha 30 de enero de 2019, fue notificado por medio de correo electrónico enviado a la sociedad demandada el 12 de septiembre de 2022, por lo que la oportunidad para contestar la misma e interponer excepciones de mérito vence el 28 de septiembre del mismo año, razón por la cual, el presente escrito se radica dentro de la oportunidad legal establecida".*

De tal manera, que la conducta omisiva de la parte demandante solo se predicaría entre el 11 de febrero de 2022 y el 12 de septiembre de 2022, término inferior a un año, pues fue en inicio diligente y posteriormente por decisión del Juzgado la notificación se radicó en cabeza de la secretaría. Denotándose de otra parte, que la parte demandante si tenía acceso al correo electrónico, evadiendo la notificación al no ser factible que se certificara que el correo había sido abierto.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1431-2022, Radicación No. 87030 del 3 de mayo de 2022, refirió:

> *"Aún si se disculpara ese desatino, dado que la recurrente asegura que esas falencias atribuidas a la actora no las vio el Tribunal, no se encuentra asidero a su razonamiento, pues,* ***en cuanto al artículo 94 del CGP, ha dicho esta Sala que, en materia laboral, tal disposición no se aplica automáticamente, ya que es preciso «examinar si la tardanza en la notificación del auto admisorio de la demanda se debió a la negligencia de la actora, si fue ocasionada por las órdenes del director del proceso, o si fue consecuencia de la conducta procesal***

***observada por la demandada**» (CSJ SL2156-2020), aunque, en ese entonces, en referencia al artículo 90 del CPC. Sin embargo, esa elucubración se ratifica bajo el mandato del artículo 94 del CGP, que derogó al antes mencionado, tal y como fue dicho en la providencia CSJ SL1680-2021. En este último pronunciamiento se recordó la decisión mencionada en precedencia, así:*

"Sobre el tema, memora la Sala lo expuesto en la sentencia CSJ SL8716-2014, en la que adoctrinó:

"Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «…la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado…»

"Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente.

En el *sub-examine*, como viene de verse, el transcurso de tiempo que impidió la notificación dentro del año siguiente, obedeció en un inicio a que la parte demandada no compareció al Juzgado a surtir la notificación personal, a que el Juzgado no ordenó el emplazamiento sino la verificación de la notificación por correo electrónico, de la cual no se logró certificar el acuse de recibo por pasiva, al acreditarse que no fue abierto el mensaje. Posteriormente, por decisión del Juzgado, la notificación quedó a cargo de la secretaría, para finalmente advertirse que la sociedad si tenía acceso al correo electrónico, denotando una conducta evasiva al no abrir el mensaje de datos.

De tal manera, que a juicio de la Sala por activa se actuó con diligencia y realizó todas las acciones que estaban a su alcance para lograr la notificación de la sociedad demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, como quiera que el recurso de alzada no gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 2 de junio de 2023 pro el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho, la suma de $1.300.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **08 2022 00184 01**
Demandante:	BEATRIZ ESTHER ÁLVAREZ QUINTERO
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LIZETH DANIELA LOZANO ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.117.486.822 y T.P. 376.971 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2024 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BEATRIZ ESTHER ALVAREZ QUINTERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., con el fin que se declare la ineficacia del trasladó que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y cualquier otro traslado horizontal que haya realizado. Además, solicita se declare que se encuentra válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media y que el traslado de régimen no produjo efectos jurídicos.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se ordene a COLFONDOS S.A. que devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación a ese fondo, tales como cotizaciones junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, al igual que los gastos de administración. Finalmente, solicita se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *extra* y *ultra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES y sin que se le brindara información, los asesores de COLFONDOS S.A. promovieron su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a partir de julio de 1994 y que posteriormente se vinculó con PROTECCION S.A., fondo en el cual permanece en la actualidad.

Seguidamente, adujo que solicitó el 11 de marzo de 2021 a PROTECCIÓN S.A., toda la documentación relativa al traslado y las constancias de los cálculos efectuados, las explicaciones brindadas, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta que soportara que se le informó del periodo de gracia contemplado en la Ley 797 de 2003 para regresar al RPMPD, sin que haya recibido respuesta a tal pedimento. De la misma forma, indica que solicitó el 14 de marzo de 2022 a COLPENSIONES la nulidad de su traslado de régimen, el cual fue negado.

Respecto a las circunstancias que rodearon su traslado de régimen pensional, narró que no se surtió en debida forma, dado que no se le informó previo a la afiliación al nuevo régimen con proyecciones sobre su futuro pensional, las implicaciones que le conllevaría su cambio de régimen, pues el fondo solo refirió que el ISS sería liquidado y podría perder sus cotizaciones, mas no informó de forma completa, clara y fehaciente las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen, por lo que tal afiliación no debería producir efecto alguno. Por último, sostuvo que su mesada pensional en el Régimen de Prima Media sería superior al que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. (f. 1 a 11 archivo 02)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, argumentado que el traslado que realizó la actora al régimen de ahorro individual se presume efectuado en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, siendo plenamente válido al llevarse a cabo conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria o la ineficacia acaecida en el trámite del traslado alegado, debe probarse en el trámite procesal.

Formuló en su defensa las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (f. 2 a 8 archivo 09)

COLFONDOS S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación de la actora a ese fondo se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente régimen, añadiendo que los asesores del fondo le brindaron a esta una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen, las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que

producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retracto y los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y otro régimen.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS y ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (f. 2 a 17 archivo 11)

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

En su defensa 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, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. (f. 3 a 28 archivo 12)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de marzo de 2024, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora BEATRIZ ESTHER ALVAREZ, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 20 de junio de 1994 mediante su afiliación a COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora BEATRIZ ESTHER ALVAREZ, conforme a lo señalado.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora BEATRIZ ESTHER ALVAREZ, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS y PROTECCIÓN que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ordenándole a COLPENSIONES a activar la afiliación de la actora y a actualizar su historia laboral pensional.*
>
> *QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada COLFONDOS liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón trescientos mil pesos ($1.300.000).*
>
> *SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados pueden escoger el régimen al cual quieren pertenecer, con la posibilidad de modificar dicha selección en las oportunidades que establece esa norma, en esa medida, precisó que si bien a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la actora no contaba con 15 años de servicios a la entrada en vigencia de esa la norma, para poder retornar al régimen de prima media conforme lo indicado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que era procedente abordar el caso desde la figura de la ineficacia del traslado.

De otra parte, sostuvo que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado. Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición.

Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre la AFP, la cual en el presente caso no acreditó que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna de la gestora en el interrogatorio de parte, aunado a que la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información, agregando que COLFONDOS no probó el cumplimiento de tal deber lo que conlleva a la ineficacia del traslado, argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a COLFONDOS, y ordenó la devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico a ese fondo y a PROTECCIÓN S.A. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas, y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, señala que la vinculación de la demandante al fondo de pensiones goza de plena validez por cuanto respetó el deber de información a su cargo para el momento en que se realizó el acto jurídico que pretende invalidarse. Además, en el interrogatorio de parte la gestora sostuvo que estaba vinculada a una empresa y el formulario de afiliación fue entregado por la oficina de Recursos Humanos de la misma, sin que estuviese presente un asesor de ese fondo, de ahí, que los supuestos fácticos son distintos a los analizados por la jurisprudencia, por lo que no existe conducta reprochable de ese fondo, lo que de suyo no da lugar a la ineficacia deprecada conforme lo ha sostenido esta Corporación dentro del proceso 38 2000 00265.

Por otro lado, refiere que se debieron tener en cuenta lo actos de relacionamiento frente a los traslados horizontales que realizó la actora, ya que no se desconocieron los documentos de asesoría brindada con posterioridad por PROTECCIÓN S.A., mucho antes de adquirir su estatus pensional, pues existe una carta de asesoría firmada por la accionante el 26 de mayo de 2011 en la cual se realizaron proyecciones pensionales, lo que permite determinar que no ha vulnerado los derechos de la gestora, quien permaneció de forma voluntaria en el RAIS a sabiendas de las implicaciones pensionales que ello le acarrearía.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración expuso que hacen parte de los costos en que incurre por su administración, aunado a que no debería ordenarse la devolución de los rendimientos al RPMPD, por tratarse de regímenes pensionales excluyentes, orden que vulnera el principio de inescindibilidad de la norma. Igualmente, señala que tampoco procede la devolución de las comisiones de administración en seguros previsionales y garantía de pensión mínima indexados; de modo, que el efecto de la nulidad de afiliación solo debería conllevar la devolución del capital y su actualización, ya que lo descontado por seguro previsional cumplió su función como lo impone la ley.

COLPENSIONES en su apelación refiere que, la carga de la prueba conlleva a aportar pruebas inexistentes para la época de los hechos, recordando que la normativa vigente para 1994 imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada y veraz, lo cual efectuaban de forma verbal y consta con la suscripción del formulario de afiliación. Además, la gestora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y no es beneficiaria del régimen de transición, por ende, el traslado de régimen que realizó en 1994 lo llevó a cabo en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional y las demandadas respetaron su autonomía y libre voluntad, sin ejercer ningún tipo de coacción. Finalmente, frente a la condena en costas aduce que actuó de buena fe, reiterando que en 1994 se respetó el derecho de libre escogencia pensional de la actora, motivos por los cuales solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 20 de junio de 1994, y tampoco se aportan los formularios de afiliación a COLMENA el 25 de abril de 1995, se empero, si se aportan el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A. el 26 de mayo de 2011; vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de julio de 1994, 1º de mayo de 1995 y el 1º de julio de 2011, respectivamente, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 30 a 31 y 70 archivo 12)

En esa medida, huelga mencionar que tal formulario si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante BEATRIZ ESTHER ÁLVAREZ QUINTERO en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que su traslado a COLFONDOS se dio en 1994 cuando iba a ingresar a laborar en una empresa, pero no le dieron más explicaciones, por lo que procedió a firmar el formulario de afiliación, acotando que en ese momento no había un asesor del fondo presente y después no tuvo contacto con asesores de ese fondo o de COLPENSIONES;

igualmente, refirió que su contacto con el fondo se dio cuando estaba ad portas de pensionarse. Frente a su traslado a PROTECCIÓN S.A. señaló que nunca solicitó directamente su afiliación a ese fondo, pues todo se dio por las fusiones de esas administradoras.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen de la promotora, lo que no se sanea con asesorías posteriores como lo quiere hacer ver el fondo privado recurrente.

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con*

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presentan COLPENSIONES respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, o la que se resuelva de forma desfavorable la apelación, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentó excepciones y la apelación les fue resuelta desfavorablemente, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en su contra. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a*

la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Finalmente, y reiterando lo referente a los conceptos objeto de devolución al declararse la ineficacia del traslado y su indexación, es del caso mencionar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló lo siguiente:

"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros

previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados" (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario adicionar y modificar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que las demandadas COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., además de los gastos de administración deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente, se aclara que las sumas que deben ser indexadas corresponde a estos tres conceptos. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2024 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las demandadas COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., además de los gastos de administración deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente, se aclara que las sumas que deben ser indexadas corresponde a estos tres conceptos, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO ÁVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 14 2020 00296 01**
Demandante: HERNANDO MORALES PINZÓN
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO VÁSQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.030.536.323 y T.P. 217.803 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HERNANDO MORALES PINZÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que cumple cabalmente con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para tener derecho a la reliquidación de su pensión de vejez.

Que como consecuencia de lo anterior, pretende que se reliquide la pensión de vejez que le fue reconocida a partir de 16 de septiembre de 2010 mediante la Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012, conforme a las previsiones del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiario, teniendo en cuenta todas las semanas efectivamente cotizadas al ISS y a los fondos privados, así como los tiempos públicos, liquidación que deberá llevarse a cabo con base en el artículo 21 de la mentada Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión a partir del 16 de septiembre de 2010, teniendo en cuenta 1.977.86 semanas, sobre un ingreso base de liquidación de $4.680.656 y una tasa de reemplazo del 90%, al pago de indexación y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTOS FÁCTICOS:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 28 de agosto de 1950, así como que durante su vida laboral cotizó al sistema general de seguridad social en pensiones un total de 13.834 días que equivalen a 1.977.86 semanas, cotizaciones que efectuó durante el periodo comprendido entre el 26 de abril de 1971 y el 31 de agosto de 2010 tanto en el sector público como en el sector privado.

Adujo que es beneficiario del régimen de transición como consecuencia de un retorno llevado a cabo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en los términos estatuidos en la sentencia C-1024 de 2004, habiéndose trasladado sus aportes por parte de la AFP ING PENSIONES Y CESANTÍAS con destino al extinto ISS en el mes de junio de 2010.

Que mediante Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012 el entonces ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 16 de septiembre de 2010 y, para efectos de la liquidación y el porcentaje de la prestación, se tuvo en cuenta lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, reconociéndose una mesada pensional en la suma de $3.274.587 con base en 1.480 semanas, sin incluir las semanas cotizadas en el fondo privado y sobre un ingreso base de liquidación de $4.680.656, al cual se le aplicó un tasa de reemplazo del 69.96%.

Expuso que, con ocasión del acto administrativo en mención, interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación, con la finalidad que se reliquide, reajuste y pague la pensión de vejez con base en el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a su vez se aplique lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Que por tal razón, COLPENSIONES mediante Resolución GNR 232087 del 20 de junio de 2014 confirmó el acto administrativo primigenio, bajo el entendido que presentaba un retorno del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de allí que para conservar el régimen de transición, se requería obtener respuesta de ASOFONDOS sobre el estudio de rentabilidad, decisión que se confirmó en sede de apelación a través de la Resolución VPB 18062 del 16 de octubre de 2014.

Mencionó que COLPENSIONES al realizar el estudio pensional, también arguyó que los afiliados que efectuaran un traslado acogiéndose a la sentencia C-1024 de 2004, que comprende el periodo entre el 20 de octubre de 2004 y el 2 de febrero de 2010, no requerían de cálculo actuarial de rentabilidad para recuperar el régimen de transición, siempre y cuando acreditasen 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En últimas, expuso que la reliquidación pensional de tiempos públicos y privados es procedente bajo la égida del Decreto 758 de 1990, puesto que así lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES refirió en su contestación de demanda que mediante la Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012, al demandante le fue reconocida pensión de vejez a partir del 16 de septiembre de 2010 por valor de $3.274.587 con base en 1.480 semanas, siéndole aplicada una tasa de reemplazo del 69.96%, donde se le incluyeron todas las semanas cotizadas, incluidas las del fondo privado, sin que para el porcentaje de la prestación se tuviera en cuenta lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, sino que se dio aplicación a lo estatuido en la Ley 797 de 2003, normativa última que arguye le era más favorable.

Además, aceptó que el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; no obstante, expuso no ser procedente la reliquidación de su pensión bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en la medida que dicha normativa no permite la imputación de tiempos públicos cotizados a otras cajas o fondos con los efectuados a privados.

De otro lado, adujo que, si bien el demandante llevó a cabo un traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuó nuevamente un retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conservando el régimen de transición según los apremios de la sentencia C-1024 de 2002, como quiera que su retorno ocurrió por el periodo comprendido entre el 20 de octubre de 2004 y el 2 de febrero de 2010, esto es, día anterior a la fecha de la sentencia SU-062 de 2010.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de mayo de 2023, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que al aquí demandante mediante Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012, le fue reconocida una pensión de vejez por el extinto ISS a partir del 16 de septiembre de 2010, la cual se otorgó de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 en cuantía inicial de $3.274.587. Asimismo, que la liquidación de la prestación se realizó con base en 1.480 semanas de cotización y un ingreso base de liquidación de $4.680.656, aplicándosele una tasa de reemplazo del 69.96%.

También expuso encontrarse acreditado que el actor efectuó aportes al sistema general de pensiones en el ISS por el periodo comprendido entre el 26 de abril de 1971 y el 31 de agosto de 2010, acumulando una densidad de 1.625.29 semanas, además que cotizó 357.14 semanas en entidades del sector público en los periodos comprendidos entre el 21 de agosto de 1975 y el 3 de diciembre de 1978 en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, entre el 21 de diciembre de 1978 y el 6 de octubre de 1980 en la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO y entre el 23 de septiembre de 1982 y el 30 de septiembre de 1984 en ADPOSTAL, siendo también beneficiario del régimen de transición preceptuado en la Ley 100 de 1993 por haber acreditado 15 años de servicios al 1º de abril de 1994 como así lo aceptó la misma COLPENSIONES en la Resolución VPB 18062 del 16 de octubre de 2014.

Asimismo, que por medio de la Resolución GNR 232087 del 20 de junio de 2014, la encartada negó la reliquidación de la pensión de vejez aquí pretendida.

En cuanto a la reliquidación pensional de tiempos públicos y privados, adujo que la Corte Constitucional desde la sentencia SU-769 de 2014 encontró procedente esta sumatoria de tiempos públicos y privados para efectos del reconocimiento de la prestación pensional regulada por el Acuerdo 049 de 1990, aspecto que se acompasó con la nueva postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL1947-2020 y, posteriormente, esta última Corporación también preceptuó la procedencia para reajustes o reliquidaciones pensionales como lo fue en la sentencia 2061-2021.

Que por tal razón, resulta dable proceder a la reliquidación del actor bajo los apremios del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, incluyendo todos los periodos laborados en el sector público y que corresponden a 357.14 semanas de cotización tal como se indicó en la Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012, así como los aportes efectuados al ISS en densidad de 1.625.29 semanas, arrojando así un total de 1.982, de allí que la tasa de reemplazo calculada en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 corresponde al 90% del ingreso base de liquidación, calculada en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 si se entiende que al actor le hacían falta más de 10 años para acceder al derecho pensional desde que entró a regir aquel cuerpo normativo.

Expuso que, en ese orden de ideas, el ingreso base de liquidación que se le aplicará a esa tasa de reemplazo, corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en los IPC.

Sin embargo, pese a que en la resolución de reconocimiento pensional al actor se le calculó el IBL en la forma antes descrita, no puede como lo pretende, tomar la suma que por ese concepto obtuvo COLPENSIONES, esto es $4.680.656, para aplicarle el porcentaje del 90% que le corresponde como tasa de reemplazo, habida cuenta que para realizar ese cálculo, no se le incluyeron las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

durante el periodo comprendido entre 1999 y 2009, por las razones que adujo la entidad en el acto de reconocimiento como lo fue su traslado a dicho régimen privado.

En ese entendido, ciñéndose en un todo a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para efectos de aplicar el IBL al que debe imputársele la tasa de reemplazo del 90%, debe necesariamente tenerse en cuenta los salarios o rentas sobre los cuales optó el actor durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, que incluyen desde luego las cotizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, coligiendo así que una vez efectuadas las operaciones aritméticas con base en los salarios que registra la historia laboral aportada, el ingreso base de liquidación asciende a $3.025.135.48, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 90%, arroja una mesada de $2.722.621.94 para el año 2010, misma que incrementada en los porcentajes decretados por el Gobierno Nacional, para el año 2014 asciende a $3.042.701, siendo entonces evidentemente inferior a la que percibe el demandante que para el año 2014 era de $3.659.556; circunstancia por la cual, por favorabilidad no hay lugar a la pretendida reliquidación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que, si bien consideró la *a-quo* ser viable la reliquidación de la prestación, el cálculo del IBL con el que soportó su decisión se encuentra errado, toda vez que según la historia laboral que reposa en el expediente administrativo, el promedio de los salarios cotizados en los últimos 10 años al sistema general de pensiones arroja un IBL de $4.680.656 como así lo liquidó en su entonces el extinto ISS al momento de reconocer la pensión, de allí que debe revisarse el promedio salarial decidido por la falladora de instancia y así determinar que el ingreso base de liquidación sobre el que se debe aplicar la tasa de reemplazo del 90% es el referido monto de $4.680.656.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si resulta procedente la reliquidación pensional perseguida por el aquí demandante señor HERNANDO MORALES PINZÓN, aplicando una tasa de reemplazo del 90% según disposición del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 758 de 1990, ello teniendo en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados.

De salir avante el derecho a la reliquidación pensional, deberá determinarse la forma en que debe reliquidarse la prestación.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, es menester contextualizar los siguientes aspectos:

(i) Que el demandante nació el 28 de agosto de 1950, según se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 31 – PDF 02 ANEXOS DEMANDA).

(ii) Que según se advierte de la historia laboral acreditada por COLPENSIONES actualizada al 8 de septiembre de 2021, el demandante señor HERNANDO MORALES PINZÓN cotizó al extinto ISS un total de 1.625 semanas comprendidas entre el 22 de noviembre de 1971 y el 31 de agosto de 2010 (Fls. 1 a 3 – PDF 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(iii) Que el demandante efectuó aportes al sector público al servicio del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA por el periodo comprendido entre el 21 de agosto de 1975 y el 3 de diciembre de 1978, al servicio de la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO por el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 1978 y el 6 de octubre de 1980 y al servicio de ADPOSTAL por el periodo comprendido entre el 23 de septiembre de 1982 y el 30 de septiembre de 1984, cotizando así un total de 357.14 semanas, según se extrae de la Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012 expedida por el extinto ISS (Fls. 14 a 20 – PDF 02 y fls. 18 a 24 – PDF 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

d. Del derecho a la reliquidación pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, teniendo en cuenta sumatoria de tiempos públicos y privados:

Como ya se adujo, el demandante solicita una reliquidación pensional de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, esto es, tomando una tasa de reemplazo del 90%, pues alude que, según postura emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es posible la reliquidación con sumatoria de tiempos públicos y privados.

Al respecto, pertinente resulta poner de presente que el Órgano de cierre en sentencia SL1947-2020, Radicación No. 70918 del 1º de julio de 2020, morigeró el criterio para la sumatoria de tiempos públicos y privados en tratándose de la adquisición del derecho a la luz del Decreto 758 de 1990, advirtiendo la necesidad de preservar esas garantías por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hacen parte del sistema de la seguridad social, de allí que el parágrafo de dicho articulado deba entenderse para esta sumatoria, así se expuso:

> *"En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de*

seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

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

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

De otra parte, también la Corte refirió a la posibilidad que la sumatoria de tiempos públicos y privados sea aplicable igualmente para reliquidaciones pensionales, siendo decisión relevante la sentencia CSJ SL2557-2020, Radicación No. 72425 del 8 de julio de 2020, por medio de la cual se adujo:

"Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

"De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

"Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión.

"En el anterior contexto, el cargo prospera y se casará la sentencia impugnada."

Superado lo anterior, para la resolución del asunto *sub-examine*, es menester reiterar que las pretensiones del actor gravitan en torno a que se declare que le asiste derecho a la reliquidación pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, teniendo en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados, pues en su sentir es merecedor de tal situación en virtud la pensión reconocida en los términos de la Ley 797 de 2003 por el extinto ISS mediante Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012, reliquidación que debe otorgársele a partir del 16 de septiembre de 2010, teniendo en cuenta 1.977.86 semanas, un ingreso base de liquidación de $4.680.656 y una tasa de reemplazo del 90%.

Así las cosas, según se enunció, al aquí demandante el extinto ISS en la Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012 le reconoció pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, prestación que se otorgó a partir del 16 de septiembre de 2010, teniendo en cuenta un total de 1.480 semanas tanto en el sector público como en el privado, además que se dispuso para su liquidación tomar el ingreso base de liquidación de los 10 años anteriores al reconocimiento según los preceptos del artículo 21 de la mentada Ley 100, el cual arrojó la suma de $4.680.656, aplicándosele una tasa de reemplazo del 69.96%, para así reconocer una mesada pensional en valor de $3.274.587.

También en el acto administrativo en comento, el ISS hizo hincapié del traslado que presentó el actor con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, indicando para lo pertinente que en tratándose de la conservación del régimen de transición en los casos de retorno nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, debía observarse lo establecido en la sentencia C-789 de 2002, en concordancia con los Decretos 692 de 1994 y 3995 de 2008, así como la sentencia SU 062 de 2010, por lo que coligió que el asegurado a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones contaba con 15 años de aportes o cotizaciones, argumentado a su vez que sería responsabilidad de la Oficina de la Devolución de aportes de la Vicepresidencia de Pensiones de sus mismas dependencias, el verificar que de resultar inferior

el ahorro al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiese permanecido en el régimen público, incluidos los rendimientos que se ostentaran, debería comunicarse con el afiliado frente a la posibilidad que tenía de pagar, dentro de los 2 meses siguientes el faltante, con la finalidad de poderse estudiar la prestación a la luz del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y hasta que no se auscultara lo pertinente, fue por lo que analizó la prestación bajo la égida de la Ley 797 de 2003 (Fls. 14 a 20 – PDF 02 ANEXOS DEMANDA y fls. 18 a 24 – PDF 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

De la anterior decisión el demandante interpuso recurso de reposición, lo que conllevó a que COLPENSIONES expidiera la Resolución GNR 232087 del 20 de junio de 2014 en la que confirmó el acto administrativo primigenio, por medio del cual sostuvo la misma postura de verificar el ahorro al monto total del aporte legal de permanencia en el régimen público, adicional a que la misma entidad solicitó el estudio de rentabilidad a la dependencia de la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos, quien respondió que el mismo había sido tramitado, encontrándose en estudio en ASOFONDOS por presentar inconsistencias en la historia laboral del SIAFP, reporte de pagos SIAFP o en el valor de la rentabilidad y, en tal sentido, al encontrarse la respuesta en curso, era menester confirmar la decisión primigenia (Fls. 21 a 25 – PDF 02 ANEXOS DEMANDA).

Por tal razón, con ocasión de un recurso de apelación interpuesto por el actor frente a la Resolución GNR 232087 del 20 de junio de 2014, COLPENSIONES emitió la Resolución VPB 18062 del 16 de octubre de 2014 en la que confirmó su postura. Allí argumentó que, en virtud de políticas internas, especialmente lo preceptuado en la Circular 8 del 30 de abril de 2014, los afiliados que se trasladaron acogiéndose a la sentencia C-1024 de 2004, que comprende el periodo entre el 20 de octubre de 2004 y el 2 de febrero de 2010, no requieren del cálculo de rentabilidad para recuperar el régimen de transición, coligiendo que en el asunto del señor HERNANDO MORALES PINZÓN, conservaba el régimen transicional.

Seguidamente, entró a analizar la reliquidación pretendida por el actor en los términos del Decreto 758 de 1990, indicando que no era procedente aplicar para tal prerrogativa la aplicación de tiempos públicos y privados, ya que no se permite incluir los tiempos cotizados a otras cajas o fondos, de allí que sostuvo que con los tiempos propiamente al ISS arrojaría la prestación un ingreso base de liquidación de $3.048.278, que al aplicársele una tasa de reemplazo del 90%, su mesada pensional al 16 de septiembre de 2010 ascendiera a la suma de $2.743.450; circunstancia por la cual, fue que se le otorgó la pensión bajo la égida de la Ley 797 de 2003, ya que esta disposición sí permite la sumatoria de tiempos públicos y privados como así se tuvo en cuenta y por ende le era más favorable (Fls. 26 a 30 – PDF 02 ANEXOS DEMANDA).

En tal sentido, contrario a lo argumentado por la falladora de instancia, a razón del retorno del demandante del Régimen de Ahorro con Solidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la entidad en ningún momento desconoció semanas del actor, tan es así que inclusive dispuso que era merecedor del régimen transicional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por ello, la Sala puede colegir que no resulta de asidero el argumento de la *a-quo* para desconocer la reliquidación pensional perseguida, en la medida que el actor lo que estima es el incremento de la tasa de reemplazo del 90% al IBL a razón de lo estatuido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad como consecuencia de la sumatoria de tiempos públicos y privados, pero sobre el IBL reconocido por el extinto ISS en la Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012 por valor de $4.680.656, acto administrativo que le otorgó pensión de vejez a partir del 16 de septiembre de septiembre de 2010 en cuantía inicial de $3.274.587, luego de aplicar una tasa de reemplazo del 69.96% según disposición de la Ley 797 de 2003 y teniendo en cuenta un total de 1.480 semanas.

Esto significa entonces, que lo que estimó fue efectuar un análisis de la prestación bajo los precisos términos del Decreto 758 de 1990 con una sumatoria de tiempos públicos y privados por ser beneficiario del régimen de transición, régimen transicional que se itera no fue desconocido por COLPENSIONES, pero a pesar de ello, la reliquidación no fue reconocida bajo el entendido que para la mentada disposición normativa no era procedente la sumatoria de tiempos públicos, tópico que, es procedente a la luz de los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Y bajo este entendimiento, el IBL que reconociera el ISS por valor de $4.680.656, no debió ser objeto de litigio, sino que lo que debió auscultarse en primera instancia gravitaba exclusivamente a si la densidad de semanas acumuladas por el demandante señor HERANDO MORALES PINTO era suficiente para que a la luz del Decreto 758 de 1990, pudiera ostentarse una tasa de reemplazo del 90%.

Así las cosas, se tiene que el demandante cotizó un total de 1.982.43 tanto al sector público como al sector privado de la siguiente manera:

_ Cotizó al sector público un total de 357.14 semanas en los periodos comprendidos entre el 21 de agosto de 1975 y el 3 de diciembre de 1978 en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, entre el 21 de diciembre de 1978 y el 6 de octubre de 1980 en la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO y entre el 23 de septiembre de 1982 y el 30 de septiembre de 1984 en ADPOSTAL.

_ Cotizó al sector privado por el periodo comprendido entre el 26 de abril de 1971 y el 31 de agosto de 2010 un total de 1.625.29 semanas según se advierte de la historia laboral emitida por COLPENISONES con corte al 8 de septiembre de 2021.

Al ser beneficiario el actor del régimen de transición establecido en el artículo 21 de la Ley 1993, aspecto último que no fue refutado por las partes, y que por demás quedó demostrado en las Resoluciones No. 13645 del 19 de abril de 2012, GNR 232087 del 20 de junio de 2014 y VPB 18062 del 16 de octubre de 2014 respectivamente, es por lo que el requisito pensional se encuentra deprecado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, el cual dispone:

> *"ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*
>
> *a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
>
> *b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."*

Es así como el demandante ostenta el requisito pensional de la norma en mención, ya que en tratándose de la edad de 60 años, esta fue adquirida el 28 de agosto de 2010, pues como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía, nació el mismo día y mes de 1950 (Fl. 31 – PDF 02 ANEXOS DEMANDA).

Frente al segundo requisito atinente a las semanas de cotización, como ya se hizo hincapié, el actor cotizó un total de 1.982.43 durante toda su vida laboral tanto al sector público como al sector privado, superando con creces las 1000 semanas contempladas en la norma, por lo que es evidente que le asiste derecho a percibir la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990.

Ahora bien, lo pretendido por el señor HERNANDO MORALES PINZÓN es la reliquidación pensional por cuanto a la luz del Decreto 758 de 1990 le es más favorable la aplicabilidad de una tasa de reemplazo del 90% y no sobre el 69.96% que le reconociera el extinto ISS a través de la Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012 a razón de la prestación que percibe actualmente bajo las prerrogativas de la Ley 797 de 2003.

Por tal razón, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, que determina la forma de aplicar la tasa porcentual de la pensión de vejez:

> *"ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:*
>
> ***II. PENSION DE VEJEZ.***
>
> *a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,*
>
> *b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.*
>
> ***PARÁGRAFO 1o.*** *El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.*
>
> *El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.*
>
> ***PARÁGRAFO 2o.*** *La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:*

NUMERO SEMANAS	*% INV. P.TOTAL*	*% INV.P. ABSOLUTA*	*% GRAN INV.*	*VEJEZ*
500	*45*	*51*	*57*	*45*
550	*48*	*54*	*60*	*48*
600	*51*	*57*	*63*	*51*
650	*54*	*60*	*66*	*54*
700	*57*	*63*	*69*	*57*
750	*60*	*66*	*72*	*60*
800	*63*	*69*	*75*	*63*
850	*66*	*72*	*78*	*66*

900	*69*	*75*	*81*	*63*
950	*72*	*78*	*84*	*72*
1.000	*75*	*81*	*87*	*75*
1.050	*78*	*84*	*90*	*78*
1.100	*81*	*87*	*90*	*81*
1.150	*84*	*90*	*90*	*84*
1.200	*87*	*90*	*90*	*87*
1.250 o más	*90*	*90*	*90*	*90*

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.

%,Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.

% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.

% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez."

Al acreditar la demandante un total de 1.982.43, palmario resulta que hay lugar a la reliquidación pensional pretendida sobre el 90%, lo que implica a su vez que la pensión que viene percibiendo a la luz de la Ley 797 de 2003, sea objeto de modificación a una bajo el apremio del Decreto 758 de 1990, con una tasa porcentual de reemplazo superior.

En igual sentido, en vista de que la reliquidación pensional se solicitó únicamente frente a la tasa de reemplazo, la Sala no abordará acerca de los factores salariales o IBC tenidos en cuenta por la encartada cuando reconoció la pensión de Ley 797 de 2003, inclusive lo expuesto a lo largo de las presentes consideraciones.

e. De la excepción de prescripción:

De conformidad con lo contemplado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. en lo que atañe a la prescripción trienal, en concordancia con lo establecido por el órgano de cierre cuando advierte que lo que prescriben son las mesadas, pero no el derecho pensional,

es pertinente indicar que al aquí demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución No. 13645 del 19 de abril de 2012 en los términos de la Ley 797 de 2003, prestación que se reconoció a partir del 16 de septiembre de 2010, acto administrativo que le fuese notificado al actor el 31 de mayo de 2012 (Fls. 14 a 20 – PDF 02 ANEXOS DEMANDA y fls. 18 a 24 – PDF 12 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Con ocasión de lo anterior, se elevó solicitud de reliquidación interponiendo recursos de reposición y subsidiariamente de apelación el 7 de junio de 2012, petición que fue despachada de manera desfavorable a través de las Resoluciones GNR 232087 del 20 de junio de 2014 y VPB 18062 del 16 de octubre de 2014, resolución última que se notificara personalmente el 21 de octubre de 2014 (Fls. 21 a 25 y 26 a 30 – PDF 02 ANEXOS DEMANDA).

La presente demanda fue interpuesta el 10 de septiembre de 2020, admitiéndose la misma a través de auto calendado el 2 de agosto de 2021, el cual se notificó en el estado del 1º de septiembre de esa anualidad según da cuenta la consulta de procesos con que cuenta la página *web* de la Rama Judicial, efectuándose la notificación a COLPENSIONES el 6 de septiembre de 2021 (PDF 05 – ACTA DE REPARTO, PDF 08 AUTO ADMITE DEMANDA y PDF 10 CONSTANCIA ENVÍO DE NOTIFICACIÓN).

Por tal razón, al haberse presentado la solicitud de reliquidación pensional el 7 de junio de 2012, el término de prescripción quedó suspendido hasta el 21 de octubre de 2014, calenda en que fue notificada la Resolución VPB 18062 del 16 de octubre de 2014 que resolvió la negativa del recurso de apelación interpuesto por el señor HERNÁN MORALES PINZÓN; circunstancia por la cual, al haberse interpuesto la demanda tan solo hasta el 10 de septiembre de 2020, habrá de declararse probada de manera parcial la excepción de prescripción impetrada por COLPENSIONES sobre la reliquidación pensional con anterioridad al 10 de septiembre de 2017.

f. Del monto de las mesadas pensionales objeto de reliquidación:

Como se dijo, al demandante le fue reconocida pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 20023 en cuantía de $3.274.587 a partir del 16 de septiembre de 2010, luego de tenerse en cuenta in IBL de $4.680.656 y aplicarse una tasa de reemplazo del 66.96%.

Por tal razón, teniendo en cuenta el IBL de $4.680.656, al aplicársele una tasa de reemplazo del 90% según los apremios del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, se tiene que la primera mesada pensional al 16 de septiembre de 2010 asciende a la suma de $4.212.590.40, de allí que exista una diferencia entre la pensión que venía percibiendo y la aquí otorgada de $938.003.40.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta la prosperidad de la reliquidación pensional a razón del reajuste de la tasa porcentual del demandante, es por lo que se condenará a COLPENSIONES pagar sobre 13 mesadas pensionales al año a razón de retroactivo por diferencias pensionales debidamente indexado al momento en que se realice la correspondiente cancelación *(no es merecedor de mesada 14 por cuanto el monto de la pensión al 16 de septiembre de 2010 es superior a 3 S.M.L.M.V. – Parágrafo Transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005)*, por el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 2017 y el 30 de abril de 2024 la suma de $156.392.406.3, ello sin perjuicio de los rubros que se causen con posterioridad hasta que incluya en nómina el cambio de prestación bajo los apremios del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta los siguientes valores:

	Tabla Retroactivo Diferencia Pensional						
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Mesada reliquidada**	**Mesada otorgada**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 4.212.590	$ 3.274.587	$ 938.003	0,00	$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 4.346.130	$ 3.378.391	$ 967.739	0,00	$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 4.508.241	$ 3.504.405	$ 1.003.836	0,00	$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 4.618.242	$ 3.589.913	$ 1.028.329	0,00	$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 4.707.836	$ 3.659.557	$ 1.048.279	0,00	$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 4.880.143	$ 3.793.497	$ 1.086.646	0,00	$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 5.210.529	$ 4.050.317	$ 1.160.212	0,00	$ 0,0
10/09/17	31/12/17	5,75%	$ 5.510.134	$ 4.283.210	$ 1.226.924	4,70	$ 5.766.543,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 5.735.498	$ 4.458.393	$ 1.277.105	13,00	$ 16.602.361,7
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 5.917.887	$ 4.600.170	$ 1.317.717	13,00	$ 17.130.319,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 6.142.767	$ 4.774.977	$ 1.367.790	13,00	$ 17.781.274,9
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 6.241.666	$ 4.851.854	$ 1.389.812	13,00	$ 18.067.559,3
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 6.592.448	$ 5.124.528	$ 1.467.920	13,00	$ 19.082.961,0
01/01/23	31/12/23	13,12%	$ 7.457.377	$ 5.796.866	$ 1.660.511	13,00	$ 21.586.643,1
01/01/24	**30/04/24**	9,28%	$ 8.149.422	$ 6.334.815	$ 1.814.607	4,00	$ 7.258.427,4
Total retroactivo							**$ 123.276.089,32**

	Indexación Retroactivo Pensional						
Mes	**Año Inicial**	**Año final**	**Sub Total Mesasas**	**IPC Inicial**	**IPC Final**	**Factor de Indexación**	**Subtotal**
septiembre	2017	2024	$ 858.846,83	96,320	141,480	1,469	$ 402.674,00
octubre	2017	2024	$ 1.226.924,04	96,360	141,480	1,468	$ 574.500,00
noviembre	2017	2024	$ 1.226.924,04	96,370	141,480	1,468	$ 574.313,00
diciembre	2017	2024	$ 2.453.848,07	96,550	141,480	1,465	$ 1.141.910,00
enero	2018	2024	$ 1.277.104,75	96,920	141,480	1,460	$ 587.162,00
febrero	2018	2024	$ 1.277.104,75	97,530	141,480	1,451	$ 575.502,00
marzo	2018	2024	$ 1.277.104,75	98,220	141,480	1,440	$ 562.488,00
abril	2018	2024	$ 1.277.104,75	98,450	141,480	1,437	$ 558.190,00
mayo	2018	2024	$ 1.277.104,75	98,910	141,480	1,430	$ 549.655,00
junio	2018	2024	$ 1.277.104,75	99,160	141,480	1,427	$ 545.049,00
julio	2018	2024	$ 1.277.104,75	99,310	141,480	1,425	$ 542.297,00
agosto	2018	2024	$ 1.277.104,75	99,180	141,480	1,426	$ 544.682,00
septiembre	2018	2024	$ 1.277.104,75	99,300	141,480	1,425	$ 542.480,00
octubre	2018	2024	$ 1.277.104,75	99,470	141,480	1,422	$ 539.370,00
noviembre	2018	2024	$ 1.277.104,75	99,590	141,480	1,421	$ 537.182,00
diciembre	2018	2024	$ 2.554.209,50	99,700	141,480	1,419	$ 1.070.360,00
enero	2019	2024	$ 1.317.716,84	100,000	141,480	1,415	$ 546.589,00
febrero	2019	2024	$ 1.317.716,84	100,600	141,480	1,406	$ 535.470,00
marzo	2019	2024	$ 1.317.716,84	101,180	141,480	1,398	$ 524.847,00
abril	2019	2024	$ 1.317.716,84	101,620	141,480	1,392	$ 516.869,00
mayo	2019	2024	$ 1.317.716,84	102,120	141,480	1,385	$ 507.886,00
junio	2019	2024	$ 1.317.716,84	102,440	141,480	1,381	$ 502.183,00
julio	2019	2024	$ 1.317.716,84	102,710	141,480	1,377	$ 497.399,00
agosto	2019	2024	$ 1.317.716,84	102,940	141,480	1,374	$ 493.344,00
septiembre	2019	2024	$ 1.317.716,84	103,030	141,480	1,373	$ 491.762,00
octubre	2019	2024	$ 1.317.716,84	103,260	141,480	1,370	$ 487.731,00
noviembre	2019	2024	$ 1.317.716,84	103,430	141,480	1,368	$ 484.764,00
diciembre	2019	2024	$ 2.635.433,69	103,540	141,480	1,366	$ 965.698,00
enero	2020	2024	$ 1.367.790,38	103,800	141,480	1,363	$ 496.516,00
febrero	2020	2024	$ 1.367.790,38	104,240	141,480	1,357	$ 488.647,00
marzo	2020	2024	$ 1.367.790,38	104,940	141,480	1,348	$ 476.263,00
abril	2020	2024	$ 1.367.790,38	105,530	141,480	1,341	$ 465.953,00
mayo	2020	2024	$ 1.367.790,38	105,700	141,480	1,339	$ 463.004,00
junio	2020	2024	$ 1.367.790,38	105,360	141,480	1,343	$ 468.912,00
julio	2020	2024	$ 1.367.790,38	104,970	141,480	1,348	$ 475.736,00
agosto	2020	2024	$ 1.367.790,38	104,970	141,480	1,348	$ 475.736,00
septiembre	2020	2024	$ 1.367.790,38	104,960	141,480	1,348	$ 475.912,00
octubre	2020	2024	$ 1.367.790,38	105,290	141,480	1,344	$ 470.133,00
noviembre	2020	2024	$ 1.367.790,38	105,230	141,480	1,344	$ 471.181,00
diciembre	2020	2024	$ 2.735.580,75	105,080	141,480	1,346	$ 947.613,00
enero	2021	2024	$ 1.389.812,25	105,480	141,480	1,341	$ 474.339,00
febrero	2021	2024	$ 1.389.812,25	105,910	141,480	1,336	$ 466.770,00
marzo	2021	2024	$ 1.389.812,25	106,580	141,480	1,327	$ 455.099,00
abril	2021	2024	$ 1.389.812,25	107,120	141,480	1,321	$ 445.799,00
mayo	2021	2024	$ 1.389.812,25	107,760	141,480	1,313	$ 434.897,00
junio	2021	2024	$ 1.389.812,25	108,840	141,480	1,300	$ 416.790,00
julio	2021	2024	$ 1.389.812,25	108,780	141,480	1,301	$ 417.787,00
agosto	2021	2024	$ 1.389.812,25	109,140	141,480	1,296	$ 411.825,00
septiembre	2021	2024	$ 1.389.812,25	109,620	141,480	1,291	$ 403.936,00
octubre	2021	2024	$ 1.389.812,25	110,040	141,480	1,286	$ 397.089,00
noviembre	2021	2024	$ 1.389.812,25	110,060	141,480	1,285	$ 396.765,00
diciembre	2021	2024	$ 2.779.624,51	110,600	141,480	1,279	$ 776.083,00
enero	2022	2024	$ 1.467.920,07	111,410	141,480	1,270	$ 396.197,00
febrero	2022	2024	$ 1.467.920,07	113,260	141,480	1,249	$ 365.749,00
marzo	2022	2024	$ 1.467.920,07	115,110	141,480	1,229	$ 336.279,00
abril	2022	2024	$ 1.467.920,07	116,260	141,480	1,217	$ 318.432,00
mayo	2022	2024	$ 1.467.920,07	117,710	141,480	1,202	$ 296.427,00
junio	2022	2024	$ 1.467.920,07	118,700	141,480	1,192	$ 281.712,00
julio	2022	2024	$ 1.467.920,07	119,310	141,480	1,186	$ 272.767,00
agosto	2022	2024	$ 1.467.920,07	120,270	141,480	1,176	$ 258.872,00
septiembre	2022	2024	$ 1.467.920,07	121,500	141,480	1,164	$ 241.391,00
octubre	2022	2024	$ 1.467.920,07	122,630	141,480	1,154	$ 225.640,00
noviembre	2022	2024	$ 1.467.920,07	123,510	141,480	1,145	$ 213.574,00
diciembre	2022	2024	$ 2.935.840,15	124,460	141,480	1,137	$ 401.478,00
enero	2023	2024	$ 1.660.511,01	126,030	141,480	1,123	$ 203.562,00
febrero	2023	2024	$ 1.660.511,01	128,270	141,480	1,103	$ 171.009,00
marzo	2023	2024	$ 1.660.511,01	130,400	141,480	1,085	$ 141.092,00
abril	2023	2024	$ 1.660.511,01	131,770	141,480	1,074	$ 122.361,00
mayo	2023	2024	$ 1.660.511,01	132,800	141,480	1,065	$ 108.533,00
junio	2023	2024	$ 1.660.511,01	133,380	141,480	1,061	$ 100.841,00
julio	2023	2024	$ 1.660.511,01	133,780	141,480	1,058	$ 95.574,00
agosto	2023	2024	$ 1.660.511,01	134,450	141,480	1,052	$ 86.823,00
septiembre	2023	2024	$ 1.660.511,01	135,390	141,480	1,045	$ 74.692,00
octubre	2023	2024	$ 1.660.511,01	136,100	141,480	1,040	$ 65.640,00
noviembre	2023	2024	$ 1.660.511,01	136,450	141,480	1,037	$ 61.212,00
diciembre	2023	2024	$ 3.321.022,02	137,090	141,480	1,032	$ 106.348,00
enero	2024	2024	$ 1.814.606,85	137,720	141,480	1,027	$ 49.542,00
febrero	2024	2024	$ 1.814.606,85	138,980	141,480	1,018	$ 32.642,00
marzo	2024	2024	$ 1.814.606,85	140,490	141,480	1,007	$ 12.787,00
abril	2024	2024	$ 1.814.606,85	141,480	141,480	1,000	$ 0,00
	Total		**$ 123.276.089**	**Total Indexación**		**$ 33.116.317,00**	

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	*$ 123.276.089,3*
Indexacion retroactivo diferencia pensional	*$ 33.116.317,0*
Total	***$ 156.392.406,3***

Del retroactivo otorgado, igualmente se autorizará a COLPENSIONES con la finalidad de que efectúe los descuentos en salud a que haya lugar.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante gozó de prosperidad. La de primera instancia correrán a cargo de COLPENSIONES por resultar vencida en juicio.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que al aquí demandante señor HERNANDO MORAES PINZÓN, le asiste derecho a que COLPENSIONES modifique la pensión de vejez que en la actualidad viene percibiendo bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, a una pensión de vejez regulada en el Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que al demandante debe reliquidársele la pensión de vejez teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% en los términos del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, y no sobre el 66.96% como venía siendo reconocida la prestación por

COLPENSIONES a la luz de la pensión de vejez dispuesta en la Ley 797 de 2003, prestación que al 16 de septiembre de 2010 ascendía a la suma de $3.274.587, siendo el real valor la suma de $4.212.590.40, existiendo así una diferencia de $938.003.40.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES pagar sobre 13 mesadas pensionales al año a razón de retroactivo por diferencias pensionales debidamente indexadas al momento en que se realice la correspondiente cancelación por el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 2017 y el 30 de abril de 2024, la suma de $156.392.406.3, ello sin perjuicio de los rubros que se causen con posterioridad hasta que incluya en nómina el cambio de prestación bajo los apremios del Decreto 758 de 1990 y se cancele en legal orden.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES según lo expuesto.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **15 2016 00390 03**
Demandante:	PORVENIR S.A.
Demandados:	AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. formuló demanda ordinaria laboral en contra de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., a fin que sea condenada a reconocer y pagar el 100% de la suma de $11.429. 891.978, debidamente indexada a la fecha de pago, por concepto de la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez y/o de sobrevivientes de los afiliados Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya, Hugo Ángel Molina Coronell, Hernán Parra Orozco, Blanca Rubby Rojas Mocetón, Aurelio Morales Mayor, María Jesús Sabogal de Gallego, José Fernando Vásquez Arbeláez, Juan Fernando Macías Londoño, Dominga Rosa Mendoza Martínez, Sandra María Cárdenas Rojas, Teodoro Caicedo Idrobo, Jaime Alberto Andraus Peláez, Edison Antonio Ibarguen Guerrero, Walter de Jesús Calle, Miguel Hernando Medina Cagua, Hernán Godoy Varón, Jaime León Rúa Moreno, Aura Leonor Molina, Luis Alberto Bermúdez Quiroga, Edgar de Jesús Lobo Quintero, José Aníbal Román Arboleda, Juan Bautista Reyes Contreras, José Miguel Posada

Benítez, Gabriel de Jesús Gómez Agudelo, Carlos Alberto Ospina Arboleda, José Darío Alzate Herrera, Henry Alberto Ospina Saldarriaga, Edgar Andrés Ángel Becerra, Arnel Francisco de la Ossa, Jesús Salvador Arboleda Chaverra, Oscar Ramiro Espitia, Jorge Alberto Ospina Cardona, José Fernando Zea Agudelo, Luis Gabriel Arroyabe, Roberto López García, Rosa María Rodríguez Mejía, Edgar Angarita Salcedo, Sonia María Toro Castaño, José Eulices Hortúa Enciso, Oscar Alfonso Restrepo Acosta, Luz Eugenia García García, Hernán Alberto Alarcón Aguilar, Gabriel Ángel Zapata, José Rubiel Toro Gómez, Campo Elías Mendoza, y Rogelio Rojas Velandia.

De igual manera se condene a la accionada al pago de $1.831.104.691, debidamente indexada a la fecha de pago, correspondiente al 50% de la suma adicional adeudada y necesaria para financiar la pensión de sobrevivientes adeudados por pago incompleto de los afiliados: Jorge Casierra Quintero, Liliana Constanza Prieto Suarez, Dilfredo Lagares Rozo, Carlos Hernando Padilla Rodríguez, Orlando Quintero Riascos, Carmen Lelis Reyes Maldonado, Arifaiber Guerrero Guirán, Jonathan Javier Muñoz, Wilson Serna, Marino de Jesús Corrales Campuzano, Fabio Antonio Palacios Mosquera, Lorena Vásquez Muñoz, Florencio Betancur Medina, Críspulo Antonio Cáceres, Rodrigo Alberto González Giraldo, Gloria Patricia Potes Potes, Omar Ortega Acosta, Luis Felipe Moreno Díaz, Efraín Antonio González, Blanca Lilia Garzón Umbarilla, Henry Gutiérrez Reina, Alexander Llanten Ruiz, Jhon Jairo Gómez Cardona, Edison Ferney Escobar Rendón, Myriam del Socorro Jaramillo Rodríguez y Giovanni Hoyos Gaitán.

Así mimo, los intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el artículo 141 Ley 100 de 1993.

De manera subsidiaria a la primera pretensión, que se condene a la demandada al pago de $ $4.215.169.610 debidamente indexada a la fecha de pago, por concepto de la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez generada por los afiliados Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya, Hugo Ángel Molina Coronell, Hernán Parra Orozco, Blanca Ruby Rojas Moceton, Aurelio Morales Mayor, María Jesús Sabogal de Gallego, José Fernando Vásquez Arbeláez, Juan Fernando Macías Londoño, Dominga Rosa Mendoza Martínez, Sandra María Cárdenas Rojas, Teodoro Caicedo

Idrobo, Jaime Alberto Andraus Peláez, Roberto López García, Rosa María Rodríguez Mejía, y José Rubiel Toro Gómez y Campo Elías Mendoza.

Finalmente, como pretensión complementaria, que se condene al pago de intereses moratorios comunes que se causen hasta la fecha de pago de las sumas adeudadas en la petición subsidiaria anterior. A su vez, solicita se condene a las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo en la reforma de la demanda, que COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., después BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., suscribió con la COMPAÑIA SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A., hoy AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., pólizas colectivas de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes vigentes desde el 01/05/1994 hasta el 15/10/2000, y del 01/02/2002 al 31/01/2003, identificadas con los números 001, 003, 004, 005 y 007, y sus prórrogas, las que tienen por objeto amparar como grupo asegurado a todos los afiliados que administra la tomadora.

Refiere que la póliza establece como beneficiarios los pensionados por invalidez y sobrevivientes y/o las personas que integran el grupo familiar del afiliado conforme el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, así como la cobertura de la suma adicional para financiar la pensión de invalidez, suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes y auxilio funerario y una prima con la tasa del 1.8% del monto base de cotización periódica de los afiliados al Fondo. De igual manera, pactaron como condición indispensable para la iniciación de la vigencia del seguro, el pago de la primera prima o primera cuota en caso de fraccionamiento para su pago.

Relata que la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., solicitó a AXA COLPATRIA S.A. el pago de las sumas adicionales para el reconocimiento de la pensión, y el 12 de diciembre de 2013 se radicó una reclamación fechada el 11 de diciembre de 2013, en la que se solicitó el pago del 100% de los siniestros que habían

sido objetados hasta esa fecha, cuyo monto ascendía a $7.752.384.680, correspondiendo a pensiones de invalidez por procesos judiciales terminados la suma de $2.205.033.754, y por pensiones de sobrevivencia por procesos terminados, la suma de $4.075.403.124. Así mismo, le solicito el pago de la suma adicional de 25 pensiones de sobrevivencia que solo habían sido cubiertos por la aseguradora en un 50%, equivalentes a la suma de $1.471.947.802.

Que mediante carta de 26 de marzo de 2014, la accionada no aceptó los términos de la reclamación ni el monto, remitiéndose al acuerdo suscrito el día 7 de junio de 2006; ante lo cual el 3 de junio de 2014 se dirigió una carta recordándole que las partes adelantaron una reunión el 22 de mayo de 2014, con el propósito de ampliar los fundamentos jurídicos de la reclamación por medio de la constitución de un equipo de trabajo integrado por funcionarios de ambas entidades, ante lo cual el 4 de septiembre de 2014 contestó la misiva rechazando los requerimientos efectuados, así como a las pretensiones económicas, por supuestamente implicar un desconocimiento al convenio celebrado.

Finalmente, que AXA COLPATRIA S.A. no ha cancelado las sumas adicionales junto con sus intereses de la suma adicional a su cargo, pese a lo cual PORVENIR S.A. ha venido solucionando la mesada a los beneficiarios de dichas pensiones de sobrevivencia y/o afiliados, por sentencia debidamente ejecutoriada y/o reclamación aprobada por la Administradora de Pensiones; y que, solo en gracia de discusión, si se llega a concluir que el documento de memoria suscrito entre AXA COLPATRIA S.A. y la extinta AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., es válido, el mismo solo se hace referencia a las pensiones de sobrevivencia, pero no en cuanto a las pensiones de invalidez.

Mediante auto del 25 de noviembre de 2016, la Sala Mixta del Tribunal Superior de Bogotá, dirimió el conflicto negativo de competencias, asignado el conocimiento del presente proceso a la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sus especialidades Laboral y de la Seguridad Social (fls. 4 a 9 archivo digital 01CuadernoTribunalConflictoCompetenciasFolio01al09).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. contestó la reforma de la demanda, oponiéndose a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que es cierto que tales pagos fueron objetados por la aseguradora, lo cual obedeció al estricto cumplimiento del acuerdo celebrado entre los Presidentes y por ende representantes legales, en el mes de mayo de 2006, tal como consta en la *memoria del acuerdo*, el que se señala que el mismo es de *"Obligatorio Cumplimiento",* mediante el cual decidieron solucionar sus discrepancias en torno a la aplicación de la prescripción consagrada en el Código de Comercio sobre el contrato de seguro previsional.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó transacción; inexistencia de las obligaciones reclamadas por la AFP a la aseguradora, existencia de cosa juzgada, validez del contrato de transacción, inexistencia de obligación de pagar respecto de los 44 casos objetados por virtud del acuerdo entre las partes, inexistencia de obligación de pago respecto de la pretensión segunda, cumplimiento del contrato por parte de AXA COLPATRIA e incumplimiento del acuerdo por parte de la AFP, pleito pendiente.

En subsidio de las anteriores - si el contrato no fuera válido estaríamos frente a una nulidad que está saneada por el paso del tiempo, en subsidio de la anterior; la parte que contrato a sabiendas de la ilicitud no puede repetir ni pretender reversar las prestaciones surgidas del contrato, en subsidio de las anteriores - *non venirem contra factum propium*, en subsidio de las anteriores - imposibilidad de alegar la propia culpa, en subsidio de las anteriores - culpa de la demandante y/0 de un tercero, en subsidio de todas las anteriores: el monto reclamado es infundado, ausencia de enriquecimiento.

Como excepciones contra la pretensión subsidiaria, formuló las de las pensiones de invalidez si estaban incluidas dentro del acuerdo celebrado el 22 de mayo de 2006. Como excepciones especificas contra las pretensiones de indexación e intereses de mora: no hay lugar al cobro de intereses moratorios e indexación, en subsidio de la anterior: prescripción de las mesadas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de mayo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: CONDENAR a la demandada AXA COLPATRIA a reconocer y pagar a favor de la AFP PORVENIR la suma de $6.016.713.389 por concepto de sumas pendientes de pagar por razón del seguro previsional, para garantizar la financiación de la pensión de invalidez y sobrevivientes, respecto a los afiliados que fueron objeto de condena y conforme la parte motiva de la presente providencia corresponden a 26 ítems, de acuerdo con expuesto en esta parte motiva.*
>
> *"SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AXA COLPATRIA a reconocer y a pagar a favor de la AFP PORVENIR los intereses corrientes certificados por la Superintendencia Bancaria liquidado sobre el valor referido de $6.016.713.389, conforme la tasa vigente al día 12 de diciembre del año 2013 y que se liquidaran hasta el momento efectivo de pago de dicha suma, conforme se expuso en la pare motiva.*
>
> *"TERCERO: DECLARAR DEMOSTRADAS las excepciones de legalidad del acuerdo celebrado entre las partes y prescripción, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación propuesta por la parte demandada respecto a los valores o sumas que corresponden a los afiliados que no son objeto de condena, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> *"CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la PARTE DEMANDADA para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo por concepto de esta instancia la suma de $50.000.000."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* refirió que el artículo 70 de la Ley 100 de 1993 regula lo atinente al financiamiento, señalando que la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez, será solucionada por la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez; en igual sentido el artículo 77 *ejusdem* regula en similares términos el financiamiento de la pensión de sobrevivientes; así mismo hizo referencia al capítulo 8º del Decreto 1833 de 2016, artículos 2.2.5.8.1 y 2.2.5.8.2, así como la sentencia CSJ SL3942-2021.

Así las cosas, concluyó que por mandato legal la seguradora contratada por la AFP frente al seguro previsional, tiene a su cargo solucionar la suma adicional necesaria para complementar el capital que financie las pensiones de invalidez y sobrevivientes. De otra parte, señala que se aportaron las pólizas respectivas, y que al plenario se allegaron los acuerdos privados suscritos entre las partes,

así como la denominada *memoria de acuerdos,* haciendo mención al artículo 2469 del C.C., atinente a la validez de la transacción, así como los artículos 898 y 899 del C. de Co., referentes a la nulidad absoluta de los contratos.

Así concluyó que el acuerdo celebrado entre las partes, goza de plena validez, en tanto no se discutían derechos ciertos e indiscutibles de los afiliados al sistema general de seguridad social, sino frente a aspectos económicos y comerciales de dos personas jurídicas, quienes llegaron a acuerdos recíprocos, acuerdo que si bien suscribe HORIZONTE S.A., el mismo es oponible a PORVENIR S.A., quien adquirió a dicha compañía, debiendo respetarse sus cláusulas.

En lo atinente a las sumas objeto de reclamo, señaló que el convencimiento se conformaba por las documentales aportadas por PORVENIR S.A., y no por el dictamen pericial, señalando no obstante que se corrigió por el Despacho algunas fechas de los siniestros. Así las cosas, frente a la pretensión del 50% de valor de 26 eventos, absolvió a la accionada, ello en tanto en el acuerdo transaccional fue acordado que no se cobraría el 50% reclamado, en tanto sería asumido por HORIZONTE S.A.; así mismo, por cuanto se aplicaría la prescripción de 3 años consagrado en el C.T.P. y de la S.S., siendo que el acuerdo data del 22 de mayo de 2006, y la primera reclamación operó el 12 de diciembre de 2013.

En el monto reclamado en un 100%, correspondiente a 46 eventos, señala que el acuerdo frente a la prescripción, estableció que si transcurría un término de 5 años desde la fecha del siniestro y el momento en que se enteró HORIZONTE S.A. de la ocurrencia del mismo, se tendría un total de 24 meses para realizar la reclamación ante la compañía aseguradora; y si hubiese transcurrido más de 24 meses, el término sería de 18 meses.

Así las cosas, estimó que operó el fenómeno prescriptivo respecto de las reclamaciones de los afiliados Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya, Hernán Parra Orozco, Blanca Rubby Rojas Moceton, José Fernando Vásquez Arbeláez, Juan Fernando Macías Londoño, Dominga Rosa Mendoza Martínez, Sandra María Cárdenas Rojas, Miguel Hernando Medina Cagua, Hernán Godoy Varón, Jaime León Rúa Moreno, Aura Leonor Molina Sánchez, Juan Bautista Reyes

Contreras, José Miguel Posada Benítez, Gabriel De Jesús Gómez Agudelo, Rosa María Rodríguez Mejía, Oscar Alfonso Restrepo Acosta, Luz Eugenia García García, Gabriel Ángel Zapata, Campo Elías Mendoza Millán y Rogelio Rojas Velandia. Para ello, además tuvo en cuenta la fecha de la sentencia en aquellos eventos en que la prestación económica se reconoció por orden judicial.

De otra parte, señaló que no se configuró el término prescriptivo acorado entre las partes, respecto de los afiliados José Eulices Hortúa Enciso, Hugo Ángel Molina Coronell, Aurelio Morales Mayor, María Jesús Sabogal De Gallego, Teodoro Caicedo Idrobo, Jaime Alberto Andraus Peláez, Edison Antonio Ibarguen Guerrero, Walter de Jesús Calle, Luis Alberto Bermúdez Quiroga, Edgar de Jesús Lobo Quintero, José Aníbal Román Arboleda, Carlos Alberto Ospina Arboleda, José Darío Alzate Herrera, Henry Alberto Ospina Saldarriaga, Edgar Andrés Ángel Becerra, Arnel Francisco de la Ossa, Jesús Salvador Arboleda, Oscar Ramiro Espitia, Jorge Alberto Ospina Cardona, José Fernando Zea Agudelo, Luis Gabriel Arroyabe, Roberto López García, Edgar Angarita Salcedo, Zonia María Toro Castaño, Hernán Alberto Alarcón Aguilar y José Rubiel Toro Gómez.

Frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, solo procede ante el pago tardío de mesadas pensionales, por ende, no resulta aplicable, lo que además implica la procedencia de los intereses corrientes.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante PORVENIR S.A. la apeló. Inicialmente, en lo atinente a la aplicación de la prescripción, la cual se soportó en la validez otorgada al acuerdo; así las cosas, frente a los eventos en que se absolvió, ello pese a que la reclamación se hizo antes de la memoria o acuerdo del 6 de mayo de 2006, de tal manera, que el acuerdo no puede tener efectos retroactivos; aunado a ello, no es dable aplicar a un seguro previsional la prescripción que aplica para los seguros generales del artículo 1081 del C. de Co.; más aún cuando el afiliado no realiza el reclamo sino la AFP, y no es dable estimar que una cuenta de ahorro individual se encuentre desfinanciada, de tal manera, que tales reclamos son imprescriptibles por las connotaciones

propias del seguro y por la naturaleza pública de los recursos que administra el sistema pensional.

Respecto de la segunda pretensión, señala que se solita el 50% por cuando ya existía un reconocimiento y se había solucionado el 50%, monto que tampoco se encuentra prescrita, acotando además que el acuerdo trasgrede la Ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la C.P.

Señala que, si deben proceder los intereses moratorios, en tanto la compañía de seguro no actuó conforme a la ley; refiere, además que no es cierto que se haya deprecado el pago de auxilio funerario.

La parte demandada AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., fundamenta la alzada en que, al haberse dado validez al acuerdo debió darse aplicación estricta al mismo; así no era dable, en aquellos eventos que se profirieron sentencias, iniciar nuevamente el término prescriptivo, pues se acordó la suspensión del mismo, lo que implicaba que el término que había transcurrido antes de iniciarse el respectivo proceso, tiene que ser contabilizado.

Respecto de la cuantía, señala que en el plenario se advierten inconsistencias en las cuentas de PORVENIR S.A., acogiéndose un listado fabricado por la parte demandante, además se acogieron datos del peritaje, frente al cual las dos partes estuvieron de acuerdo que el mismo no permitía llegar al convencimiento para desatar la litis. Además, algunas fechas no se conoce de donde se obtuvieron, al existir contradicciones.

Respecto de los bonos y las cuentas de ahorro, se presentó una falencia de información por parte de PORVENIR S.A., y por ende en donde no se restó ese monto, se genera un perjuicio a la aseguradora, pues no era razonable que no existirán saldos en las cuentas de ahorro. Así mismo, discrepa de la condena de intereses, en tanto la obligación surgiría con la sentencia, al ser un aspecto que se encontraba *sub judice.*

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, siendo presentadas de manera extemporánea por parte de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., en tanto el término correspondía del 23 al 29 de junio de 2023, al haberse notificado el auto por estados del 22 de junio de dicha anualidad.

b. Problemas jurídicos:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse (i) si resulta eficaz y válido el acuerdo al que arribaron HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., y ACA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., frente al pago de la suma adicional en virtud del seguro previsional, específicamente respecto de los términos de cobro acordados; (ii) en caso afirmativo, si los cobros efectuados se encuentran o no afectados por el fenómeno de la prescripción y (iii) si se causaron intereses moratorios.

c. Seguro Previsional:

Inicialmente, debe referirse que de la revisión de las pretensiones esgrimidas por PORVENIR S.A., hacen referencia al pago por parte de la aseguradora AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. de sumas de dinero, correspondiendo en algunos eventos al 100% y en otros al 50%, por *"concepto de la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez y/o de sobrevivencia".*

Así las cosas, como presupuestos normativos, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, regulan sobre el particular:

> *"ARTÍCULO 70. FINANCIACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Las pensiones de invalidez se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional si a este hubiere lugar, y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.*
>
> *"[…]*

"ARTÍCULO 77. FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES DE SOBREVIVIENTES.

"1. La pensión de sobrevivientes originada por la muerte del afiliado, se financiará con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora.

De tal manera, que la contratación del seguro previsional tiene connotación obligatoria y tiene por objeto garantizar la financiación la prestación económica de invalidez o sobrevivientes en el RAIS, ante la eventual insuficiencia de los aportes realizados y sus rendimientos para el respectivo financiamiento.

Ahora bien, frente al primer cuestionamiento de la validez del acuerdo de voluntades, mediante el cual se pactaron términos de prescripción para el cobro del seguro previsional, se debe señalar que el mismo, en concreto, consistió en (fls. 118 y 119 archivo digital 01Cuaderno01Ordinario201600390Folio01al409.pdf):

"MEMORIA DE LA REUNION CELEBRADA EL 22 DE MAYO DE 2006 EN LAS OFICINAS DE BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS ENTRE SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S. A. Y BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS.

"Las partes dejan expresa constancia que los acuerdos que da cuenta esta acta estrictamente privados y de obligatorio cumplimiento, consecuentemente, comprometen a desarrollarlos en la forma convenida y se garantizan recíprocamente la confidencialidad del mismo.

"Memoria de Acuerdos:

"1. Para los quince (15) casos de siniestros según relación del Anexo No 1, en donde se han solicitado auxilios funerarios, pero a la fecha no media ninguna otra solicitud, las compañías que suscriben este acuerdo se comprometen a asumir por partes iguales, 50% BBVA HORIZONTE y 50% SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A., los requerimientos de capital que sean necesarios para completar las pensiones que resultaren o pudieren resultar de las solicitudes de pensión de sobrevivencia que realicen los beneficiarios de los afiliados a BBVA Horizonte. Los capitales se girarán en el momento en que sea reconocida la pensión, o un Juez ordene su pago.

2. Para los veinticinco (25) casos de siniestros según relación del anexo No. 2, en donde ya media un reconocimiento, o un juez ya ordenó su pago o se encuentra completamente documentada la solicitud y dicha solicitud precede, las compañías que suscriben este acuerdo también asumirán por

partes iguales 50% BBVA HORIZONTE y 50% SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A., los requerimientos de capital que sean necesarios para completar las pensiones que resultaren o pudieran resultar de las solicitudes de pensión de sobrevivencia que realicen los beneficiarios de los afiliados a BBVA Horizonte. Los capitales se girarán en forma inmediata para las pensiones que ya están reconocidas o se están pagando por orden de un juez. Los capitales restantes se girarán en el momento que sean reconocidas las pensiones o un Juez ordene su pago.

"3. Las solicitudes de pensión que lleguen a futuro (nuevos casos), podrán ser presentadas por BBVA HORIZONTE a SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S. A., dentro de los dos (2) años siguientes al momento en que BBVA HORIZONTE tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro (fallecimiento del afiliado), siempre y cuando desde la fecha de la ocurrencia del siniestro a la fecha de conocimiento por parte de BBVA Horizonte no hayan transcurrido más de cinco (5) años; si por el contrario, el conocimiento por parte de BBVA Horizonte es posterior a los cinco (5) años contados a partir del fallecimiento del afiliado, BBVA Horizonte tendrá un plazo máximo de dieciocho (18) meses para presentar debidamente documentada la reclamación a la aseguradora; en caso contrario SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S. A objetará las reclamaciones por prescripción extraordinaria. Los plazos aquí estipulados pueden suspenderse solamente cuando medie un proceso judicial por conflicto de beneficiarios, y/o cuando BBVA HORIZONTE haya documentado adecuadamente la reclamación y solo están pendientes cuotas partes de los bonos pensionales. Así mismo, los especiales en los cuales habiendo sido diligente BBVA HORIZONTE, existan factores fuera de su control que impidan la adecuada revisión y reconocimiento de las pensiones, serbo revisados de manera individual, procurando una solución que convenga a los intereses de las dos partes.

Ahora bien, para efectos de establecer la validez del mismo, debe señalarse que la parte demandante aduce en la alzada que el seguro previsional no es objeto de prescriptibilidad y por ende no resulta factible acordar tal aspecto con base en los lineamientos del C. de Co.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación N° 31214, del 21 de noviembre de 2007, señaló:

"Pues bien, visto lo anterior le asiste razón a la censura y se equivoca el Tribunal al considerar que la prescripción de esta clase de seguro previsional, se gobierna por lo regulado en el artículo 1081 del Código de Comercio, así como que la obligación que surge a cargo de la aseguradora llamada en garantía, se hizo exigible transcurridos tres (3) días desde la objeción que de la reclamación de los causahabientes efectuó el fondo de pensiones demandado.

"En efecto, debe comenzar la Sala por acotar, que la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al RAIS, en los términos del

artículo 77 numeral 1° de la Ley 100 de 1993, se financia con "los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias" y "el bono pensional si a ello hubiere lugar", y en el evento de que lo acumulado en la cuenta individual no sea suficiente, para su financiación concurre el pago de una "suma adicional" que entra a completar el capital, la cual "estará a cargo de la aseguradora".

"El seguro especial en comento impuesto por la nueva ley de seguridad social, según lo indica su artículo 60 literal b), se financia por cuenta de los afiliados al régimen de ahorro individual, toda vez que una parte de los aportes o cotizaciones se destinan a la cuenta pensional y otra "al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes".

"Dichos seguros previsionales que son obligatorios "deberán ser colectivos y de participación" de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 ibidem, esto es, colectivos porque otorgan cobertura a un número plural de afiliados de la administradora que contrata el seguro, y de participación por cuanto la entidad aseguradora se obliga a repartir utilidades a los afiliados o en beneficio de los pensionados.

"Entonces, en este orden de ideas, como lo pone de presente la censura, es la ley de seguridad social integral la que concibió el ahorro individual como un régimen con carácter de aseguramiento para los infortunios de invalidez y muerte, y por ende el tomar un seguro colectivo y de participación a través de la administradora de pensiones, con el objeto definido legalmente de garantizar al afiliado las sumas adicionales necesarias para integrar el capital constitutivo de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, que se representa en las pólizas de seguros con las que se formaliza el vínculo de aseguramiento previsional, conduce a concluir que dicho amparo efectivamente tiene la categoría de un "seguro previsional de la seguridad social" y no propiamente un seguro comercial.

*"**De ahí que para definir el contenido de la obligación de aseguramiento en relación al afiliado**, el marco jurídico y normativo que verdaderamente gobierna esta clase de seguros previsionales, está conformado por los referidos artículos 60, 77 y 108 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos Reglamentarios 876, 718, 719 y 1161 de 1994, **sin perjuicio de lo que el tomador y la aseguradora establezcan en la respectiva póliza, como es el caso de su vigencia, prórroga y terminación de la misma, entre otros aspectos**.*

*"Adicionalmente es de destacar que la Constitución Política de 1991 en su artículo 48 enmarca a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, lo que reafirma la tesis de que los seguros previsionales de marras, como se dijo, **son dable considerarlos como una categoría especial, que los sustrae de las regulaciones comerciales o mercantiles propias de los seguros generales que vayan en contravía de los principios, cometidos o fines del sistema pensional, como para el caso acontece con la aplicación de las reglas de la prescripción previstas en el artículo 1081 del Código de Comercio, que en definitiva no tienen cabida o aplicación en esta clase de seguros propios de la invalidez y sobrevivientes**, así*

las entidades aseguradoras autorizadas para su manejo y explotación estén sujetas al estatuto financiero.

"[…]

*"En estas condiciones, la controversia queda circunscrita a definir cuál es el término de prescripción de las sumas aseguradas y bajo que normatividad se regula, **o, si como lo sostiene la sociedad recurrente el derecho de amparo del seguro previsional a reclamar entre entidades, esto es, el que le asiste a la administradora de pensiones frente a la compañía de seguros, en verdad no prescribe**.*

"Para esclarecer este puntual aspecto, primeramente es de destacar que respecto del afiliado o sus causahabientes la reclamación de la existencia del derecho, por tratarse de una pensión, para el presente asunto de sobrevivientes, en lo que atañe a su reconocimiento o derecho en sí mismo, no tiene término de prescripción como lo ha sostenido insistentemente la jurisprudencia de la Corte, así esa prestación deba financiarse para completar su capital, con un aporte adicional a cargo de una aseguradora.

"Así mismo, importa decir que la obligación del reconocimiento de la "suma adicional" que completa ese capital de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso, que es el derecho que ampara el citado seguro previsional, realmente se hace exigible es cuando se concede la respectiva pensión por el lleno de los requisitos legales, por parte de la administradora de pensiones de manera directa o por decisión judicial en la eventualidad de una controversia, dicho en otras palabras, es a partir del momento en que se otorga la prestación pensional que se puede entender causado el derecho a que se traslade al tomador el aporte adicional que corresponda a la aseguradora. De lo contrario, se harían nugatorios los efectos de la póliza vigente para la época del siniestro y de la norma legal que prevé la financiación de las aludidas pensiones tomando como un componente necesario esa suma o aporte adicional, que se indica una vez más, busca integrar el capital para el pago de la prestación, en aquellas situaciones que no resulte suficiente lo que se tiene en la cuenta individual del afiliado al RAIS.

*"**De tal modo, que, si el establecimiento del hecho, que no es otro que el reconocimiento de la pensión que genera el derecho al amparo del seguro previsional no prescribe, este tampoco puede prescribir, por estar ambos estrechamente ligados como un todo jurídico**.*

"[…]

*"**En definitiva, los derechos que emanen del mencionado seguro previsional de la seguridad social, para efectos de trasladar los recursos faltantes para financiar la pensión al tomador que lo es el fondo de pensiones y a favor de uno de sus afiliados, en puridad de verdad, como quedó visto, son imprescriptibles, manteniéndose en esta forma latente la posibilidad de llamar en cualquier tiempo a responder a la aseguradora por esa suma adicional que se comprometió a pagar en la correspondiente póliza existente y***

vigente para cuando acaeció la contingencia de la invalidez o la muerte.

Así las cosas, le asiste razón a PORVENIR S.A., al señalar que el seguro previsional escapa de la regulación del C. de Co., propia de los seguros generales, criterio que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, tal como se evidencia en la providencia AL2663-2023, Radicación No. 93494, del 13 de septiembre de 2023, en la cual señaló:

> *"Al respecto, bien vale la pena señalar que esta Corporación desde antaño (Ver sentencia de 21 de noviembre de 2007, Rad. 31214, entre muchas otras)* ***ha precisado que los contratos entre las administradoras de pensiones y cesantías y las compañías aseguradoras, con sujeción a la Ley 100 de 1993, como ocurre en este caso, son verdaderos seguros previsionales, propios de la seguridad social, pues su naturaleza no es comercial.***

De igual manera, en la sentencia SL4999-2018, Radicación No. 54097 del 7 de noviembre de 2018, esa la Alta Corporación, refirió:

> *"Es pertinente memorar que el tratamiento que a través de los seguros obligatorios que deben tomar las entidades de seguridad social con las compañías aseguradoras, no es el propio y, riguroso contenido en el Código de Comercio; sino que dada las obligaciones que con las indemnizaciones de dichos seguros se satisfacen, se les debe dar un tratamiento desde la óptica del derecho a la seguridad social y no meramente comercial, lo que impide que como ocurre con un siniestro típicamente regido por el contrato de seguro comercial, la aseguradora pueda negarse a reconocer la indemnización por varias razones, lo que no puede presentarse con las indemnizaciones derivadas de los riesgos de la seguridad social contratados por virtud de la ley con las empresa aseguradoras, por virtud de la finalidad de tal suma y su destinación.*
>
> *"[…]*
>
> *"En cuanto a la inaplicación del Código de Comercio para algunos aspectos que involucran prestaciones propias del sistema integral de seguridad social, que deben reconocer las compañías aseguradoras, v. gr. el término prescriptivo y la libertad contractual que impera para un seguro típicamente comercial, la Corte en la misma sentencia ya memorada, enseñó:*
>
> *"No obstante, tal como lo ha señalado esta Sala de la Corte en múltiples oportunidades, no es viable acudir al término de prescripción del Código de Comercio, cuando de lo que se trata es de una prestación de la seguridad social, entre otras, en la reciente determinación CSJ SL14503/2017 se recordó:*

"El problema jurídico planteado por el recurrente sobre la aplicación de la prescripción prevista en el Código de Comercio en el artículo 1081 para las acciones que se derivan del contrato de seguros previsionales de cara a las reclamaciones de la suma adicional de que trata el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, ya ha sido resuelto por esta Sala de forma pacífica, como lo anota el replicante.

"En la sentencia CSJ SL del 2 de oct. de 2007, No. 30252 asentó esta Corporación:

"Es la Ley de Seguridad Social Integral la que concibió el Ahorro Individual como un régimen con carácter de aseguramiento para los infortunios de la invalidez y de la muerte; y sin duda se trata de una obligación insoslayable pues es inherente a la naturaleza del régimen de ahorro individual tomar un seguro a través de la administradora de pensiones, con un objeto definido legalmente de garantizarle al afiliado las sumas adicionales necesarias para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, como lo manda el artículo 108 de la Ley 100 de 1993.

"De tal suerte, que, jurisprudencialmente, se tiene establecido que los seguros previsionales de que trata el artículo 77 de la Ley 100 de 1993 hacen parte del sistema integral de la seguridad social por tener su génesis en la citada Ley 100, en cuyo artículo 108 también se dispuso que deberán ser colectivos y de participación. ***En este orden, a las reclamaciones encaminadas al cumplimiento de lo pactado en tales seguros no se les puede aplicar la prescripción del artículo 1081 Código de Comercio, como lo anhela el casacionista****. A juicio de la Sala el esfuerzo argumentativo de la entidad demandada es insuficiente para modificar la contundencia de la línea jurisprudencial que inveterada y reiteradamente ha mantenido la Corte Suprema de Justicia al abordar temas relativos a la seguridad social. Además del precedente atrás mencionado, las consideraciones de la sentencia SL 12224 de 2014 conducen a responder de manera desfavorable la disconformidad de la censura, así:*

"[…]

"En realidad, poco importa definir si la ejecución de tales competencias constituye actos de comercio; lo relevante es entender que mediante la contratación de un seguro previsional lo que se garantiza es el recaudo de eventuales faltantes económicos para el financiamiento de las pensiones de invalidez o sobrevivientes, ***por manera que, desde el punto de vista de su contenido, esta modalidad contractual tiene raíces en el derecho de la seguridad social.***

*"****En igual medida, conviene no ignorar que en esta materia, no se presenta la libertad contractual que rige para la actividad comercial, en tanto el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009 que modificó el inciso 2º de del artículo 108 de la Ley 100 de 1993, preceptúa que es facultad del Gobierno Nacional determinar la forma y condiciones en que las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad deben contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia****.*

"[…]

*"**La posibilidad que la administradora del fondo de pensiones tiene de reclamarle a la aseguradora el valor de la suma adicional necesaria para financiar las prestaciones de sobrevivientes y de invalidez no está sometida a un plazo prescriptivo, dado el carácter imprescriptible que caracteriza tales prestaciones, como se dijo expresamente por esta Sala en la providencia CSJ SL, 11 nov.2008, rad. 33554**:*

"El recurrente insiste en que operó la prescripción, puesto que la norma que se debe aplicar es el artículo 1081 del Código de Comercio, el cual indica que la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria y que la extraordinaria será de cinco años que empezará a contarse, "desde el momento en que nace el respectivo derecho".

"[…]

"Por su parte el artículo 108 ídem establece que los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.

*"**Por manera que, la regulación existente sobre los seguros previsionales está en consonancia con las prestaciones para la que fueron instituidos y en tal sentido no queda duda de su entronque con el Sistema de Seguridad Social, puesto que el régimen de Ahorro Individual está concebido como un sistema de aseguramiento para los eventos de invalidez y muerte, el cual opera a través de la administradora de pensiones, quien toma la Póliza y cuyo amparo se extiende de manera automática a sus afiliados**.*

"Desde esta perspectiva las reglas de la prescripción no pueden ser las establecidas en el artículo 1081 del Código de Comercio, como lo alega el recurrente, en virtud a que los seguros provisionales se enmarcan dentro del ámbito del régimen de la seguridad social, por lo que deben sujetarse a la regulación propia de ella. Este fue el criterio de la Sala, expuesto en la sentencia del 2 de octubre de 2007, radicación 30252, donde, tanto la demandada como la llamada en garantía, eran las mismas entidades que participan de la presente controversia y en la que se expresó:

*"De igual manera la Aseguradora llamada en garantía interpuso la excepción de prescripción, invocando los términos previstos en la legislación laboral, la cual tampoco ha de prosperar, por cuanto la naturaleza de los seguros provisionales ha de guardar consonancia con las prestaciones para las que éstos fueron instituidos; el seguro provisional por invalidez y sobrevivientes, tiene por hecho generador la causación de la correspondiente pensión, cuando satisfechos los requisitos legales, sea reconocido el derecho por la Administradora de Pensiones o por decisión judicial. **Y la reclamación de declaración de existencia del derecho no tiene término de prescripción como lo enseña inveterada jurisprudencia de la Corte; de manera que, si el establecimiento del***

hecho que genera el derecho al amparo de seguro no prescribe, este tampoco prescribe*".*

"Si así son las cosas, ningún objeto tiene analizar el segundo cargo, dirigido a demostrar la supuesta tardanza de la sociedad actora en reclamar el pago de la suma adicional y el desacierto del Tribunal al no percatarse de tal circunstancia, con la consecuente consumación de la prescripción*".*

En ese orden de ideas, es claro que en tratándose del seguro previsional, su regulación se enmarca en los principios del sistema de seguridad social, escapando de las directrices normativas del Código de Comercio y, por ende, no es dable que las partes pacten términos prescriptivos que contravengan, entre otras, la regla de la imprescriptibilidad del seguro, claramente definida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como viene de verse.

Aunado a lo anterior, la Ley 100 de 1993 estableció la obligatoriedad del aseguramiento, así como que sea la aseguradora quien asuma el pago, por ende, no es factible que, por un acuerdo privado entre la AFP y la aseguradora, ese financiamiento prescriba total o parcialmente y que en ese evento sea la AFP quien asuma el pago, pues tal disposición contraría de manera abierta los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993.

De tal manera, que *a contrario sensu* de lo estimado por el *a-quo*, el acuerdo de voluntades plasmado para todas las reclamaciones futuras del seguro previsional en el denominado "*MEMORIA DE LA REUNION CELEBRADA EL 22 DE MAYO DE 2006 EN LAS OFICINAS DE BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS ENTRE SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S. A. Y BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS",* carece de validez, al contrariar el ordenamiento jurídico de la seguridad social, al pactarse un término de *prescripción,* así como que sea la AFP quien asuma la suma asegurada en un 100% o un 50% en virtud de los términos que acordaron, lo cual no tiene cabida en tratándose de esa clase específica de aseguramiento y la regulación legal contenida en la Ley 100 de 1993.

d. Montos reclamados:

Una vez dirimido lo anterior, lo cual además desata el recurso de apelación en lo atinente a la aplicación de la prescripción, debe referirse que se decretó la

prueba pericial, la cual, fue objetada, la que se hizo consistir en no guardar consonancia con las pretensiones de la demanda. En efecto, la objeción que presentó PORVENIR S.A., refiere:

> *"La contradicción del dictamen tiene por fin solicitar a dicha entidad la ACLARACIÓN Y/O COMPLEMENTACION del mismo, en tanto que revisando el dictamen se evidencia que a pesar de ser clara la orden proferida por el Despacho en la pasada audiencia de pruebas y la decisión del Tribunal en lo que respecta a los documentos que debía tener en cuenta para realizar el mismo, el perito se aparta del objeto de la litis respecto de lo que debía analizar, mostrándose su dictamen parcializado y alejado de las pretensiones de la demanda".*

Así mismo, estima la Sala que el actuario, expuso tanto en el dictamen como en la audiencia en que rindió el dictamen, las fórmulas utilizadas para arribar a las conclusiones, así como los datos sobre los que fundó el experticio, entre otra la edad, beneficiarios, monto de la cuenta y el valor faltante para cubrir la prestación a vida probable; no obstante, en el mismo dictamen se señaló que la integridad de pruebas aportadas al plenario, implicaban sendas falencias a la hora de estimar los montos actuariales, al señalar:

> *"El trabajo actuarial inició con la evaluación de las dos bases de datos suministradas,* ***donde se encontraron las siguientes inconsistencias****;*
>
> *"Pretensión 1: El Expediente del Afiliado Hugo Ángel Molina -Pensión de Invalidez figura como Beneficiaria la Cónyuge, siendo el Afiliado Principal correcto el Sr. Hugo Ángel Molina; finalmente se registran 13 mesadas al año, siendo lo correcto 14 mesadas al ano, dada la fecha de siniestro.*
>
> *"El segundo conjunto de inconsistencias se refiere al cálculo de la Deuda a cargo de la Aseguradora AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. es superior, en la mayoría de los casos, al valor de la Indemnización a cargo de la Aseguradora, que debe ser equivalente al Capital Requerido para financiar la respectiva pensión menos el Saldo en la Cuenta Individual y menos el Valor Actualizado del Bono Pensional, cuando haya derecho al Bono.*
>
> *"El tercer conjunto de inconsistencias se presenta en las bases de la segunda pretensión, donde no se muestran los datos fundamentales, tales como Genero, Fecha de Nacimiento, Parentesco, Ingreso Base de Liquidación y tipo de Pensión (Invalidez o Sobrevivencia), para determinar el Factor Actuarial* αx*.*
>
> *"****La AFP PORVENIR no suministró los valores que se requieren para determinar el posible Valor a Indemnizar****, esto es, que permitan calcular la Suma Faltante para completar el Capital Requerido para financiar la respectiva Pensión (Invalidez o Sobrevivencia), a la fecha de*

la constitución del siniestro, se requiere: ***para cada Afiliado el saldo en la Cuenta Individual en la AFP (en la mayoría de los casos expuestos en las pretensiones este valor es cero) y el valor del Bono Pensional, para aquellos Afiliados que si cotizaron en el sistema de Prima Media****.*

En igual sentido, en las conclusiones aritméticas a las que arribó el perito, señala que "no tiene sentido que el valor de la Pretensión de la AFP PORVENIR sea superior al Capital Total Necesario para financiar las todas pensiones; *se hace obligatorio tener en cuenta el Saldo de cada Afiliado en la Cuenta Individual al memento de la constitución del siniestro y el Valor actualizado del Bono Pensional, cuando el Afiliado tenga ese derecho",* aspecto que se reitera, no fue aportado tal como lo señala la prueba pericial; igualmente se expone:

"En el Cuadro N° 3 CÁLCULO CAPITAL FALTANTE se muestra el primer conjunto de inconsistencias donde se aprecia que es ilógico que el Valor de la Deuda asignado como Deuda a la Aseguradora AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. sea superior al Capital Necesario para financiar la Pensión respectiva; esto es, no se tiene en cuenta el descuento que representan el saldo en la Cuenta Individual de cada Afiliado al momento de la constitución del Siniestro y el Valor del Bono Pensional, para aquellos casos donde el Afiliado tenga ese derecho.

"Como resultado de la aplicación de este procedimiento que se ilustra en el siguiente Cuadro, de manera clara y exacta, se tiene que el monto de Capital Faltante, ***que le podría corresponder*** *a la Aseguradora Axa Colpatria Seguros de Vida, es de $5.750'843.854".*

"[…]

"CONCEPTO DEL PERITO ACTUARIAL: La Seguradora el caso más remoto tendría que pagar la suma de $5.750'843.854,00 (ver Cuadro N° 2)".

De tal manera, que la prueba pericial no logra formar el convencimiento del monto adeudado y, por el contrario, lo que demuestra es que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía a efectos de cuantificar la condena. En efecto, el perito al absolver interrogatorio, e indagársele sobre la conclusión a la que arribó, señaló que se trataría del monto que correspondería en el peor de los casos, ello en tanto no se acreditó el monto existente en la cuenta de ahorro individual para la fecha del siniestro ni el valor que hubiese correspondido por bono pensional.

De otra parte, la testigo LAURA NAVARRO, quien labora para la parte demandante PORVENIR S.A. como actuaria, señala que las pretensiones de la

demanda incluyen el valor calculado de las sumas adicionales, para lo cual "*se estima el valor de la mesada a fecha de siniestro, se calcula el respectivo retroactivo pensional en caso que aplique, y de acuerdo con eso pues se calcula también el capital necesario para financiar las pensiones desde la fecha del cálculo en adelante, la diferencia que exista entre lo que hay en la cuenta de ahorro individual y ese capital necesario para financiar el retroactivo y las mesadas futuras, restando también el tema del bono, es lo que se llama suma adicional y es lo que estimamos ahí".*

Frente al dictamen pericial, asevera que el mismo "*no contiene los parámetros técnicos y los establecidos en la Resoluciones 1875 o 3099, tales como tasa de interés técnico a utilizar, parámetro de inflación a considerar, el valor de las mesadas a fecha de siniestro, el valor de crecimiento de beneficios pensionales que se supone, el grupo de beneficiarios asociado a cada una de las reclamaciones*", así como errores en las fórmulas aplicadas, por lo cual es difícil determinar los mecanismos utilizados o si hizo uso de las memorias en cuanto al pago del 50%, aspecto que señala no guardan claridad, acotando en todo caso, que no conoce con exactitud el motivo de las diferencias.

De tal manera, que el dictamen pericial en manera alguna logra formar el convencimiento de la Sala frente a los montos adeudados por concepto de sumas adicionales, sin que, por otra parte, el testimonio de la testigo LAURA NAVARRO, implique dar plena credibilidad a los valores reclamados en la demanda, pues tal como aseveró respecto de las sumas pretendidas, "*el cálculo de la suma adicional debe hacerse al momento en que se va a efectuar el pago, eso indica que si hoy AXA COLPATRIA va a realizar el reconocimiento de esas pensiones de invalidez y sobrevivencia, por concepto de suma adicional, el cálculo debe ser actualizado a hoy y debe ser calculado con los parámetros que están vigentes a hoy, es decir esa estimación que realizó PORVENIR en su momento […] claramente tendría que actualizarse".*

Así las cosas, no es dable acoger los montos establecidos en las pretensiones, en tanto, el perito señaló que no fue factible verificarlo al no haberse aportado el valor que se encontraba para la fecha del siniestro en la cuenta de ahorro individual y el valor del bono, e incluso acotó que en la mayoría de casos se encontraba con $0, lo cual no es factible en tanto existe reconocimiento pensional, aunado a ello que no se certifica valores de bonos pensionales, más

aún cuando la actuaria cuyo testimonio solicitó PORVENIR S.A., también refirió que la cuantificación inicial de la demanda, debe ser actualizada.

En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta que el seguro previsional se causa de manera automática a cargo de la aseguradora, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia CSJ SL2901-2023, Radicación No. 96563 del 29 de noviembre de 2023, en la cual se memora la sentencia CSJ SL929-2018:

> *"Así las cosas, resulta claro que tal cobertura es automática, pues si se condena a la AFP al pago de la prestación periódica, a la Aseguradora, por ministerio de la ley, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes".*

Motivo por el cual, el hecho de no ser factible concretar la condena al no lograr formar el convencimiento el dictamen pericial, ni haberse corroborado actuarialmente el monto de las pretensiones, se revocará parcialmente la sentencia, para en su lugar condenar a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., al pago del 100% de la suma adicional a aquella que certifique la AFP como existente en la cuenta de ahorro individual de los afiliados para la fecha del siniestro, incluyendo el bono pensional si a él hay lugar, necesaria para sufragar la pensión que corresponda, conforme al cálculo actuarial que efectúe en cada caso la AFP demandante y presente ante la aseguradora demandada, teniendo en cuento para ello las fórmulas pertinentes, respecto de los siguientes eventos:

No.	Nombre	Identificación	Calidad	Tipo de siniestro	Suma adicional
1	RICARDO ALONSO MANCILLA VIZCAYA	5622374	Afiliado	INVALIDEZ	100%
3	HERNAN PARRA OROZCO	18399906	Afiliado	INVALIDEZ	100%
4	BLANCA RUBBY ROJAS MOCETON	35458428	Afiliado	INVALIDEZ	100%
7	JOSE FERNANDO	6465709	Afiliado	INVALIDEZ	100%

	VASQUEZ ARBELAEZ				
8	JUAN FERNANDO MACIAS LONDOÑO	8012947	Afiliado	INVALIDEZ	100%
9	DOMINGA ROSAMENDOZA MARTINEZ	33337862	Afiliado	INVALIDEZ	100%
10	SANDRA MARIA CARDENAS ROJAS	52635342	Afiliado	INVALIDEZ	100%
15	MIGUEL HERNANDO MEDINA CAGUA	79558385	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
16	HERNAN GODOY VARON	14233535	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
17	JAIME LEON RUA MORENO	3673895	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
18	AURA LEONOR MOLINA SANCHEZ	31981002	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
22	JUAN BAUTISTA REYES CONTRERAS	9307212	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
23	JOSE MIGUEL POSADA BENITEZ	15605704	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
24	GABRIEL DE JESUS GOMEZ AGUDELO	71170140	Afiliado	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
36	ROSA MARÍA RODRIGUEZ MEJÍA	66777606	Afiliado	INVALIDEZ	100%
40	OSCAR ALFONSO RESTREPO ACOSTA	98666317	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
41	LUZ EUGENIA GARCÍA GARCÍA	31400267	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
43	GABRIEL ANGEL ZAPATA	3497160	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
45	CAMPO ELIAS MENDOZA MILLAN	19053353	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
46	ROGELIO ROJAS VELANDIA	91235058	Afiliado	INVALIDEZ	100%
39	JOSE EULICES HORTUA ENCISO	16546829	Hijo	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%

2	HUGO ANGEL MOLINA CORONELL	72177422	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
5	AURELIO MORALES MAYOR	13887218	Afiliado	INVALIDEZ	100%
6	MARIA JESUS SABOGAL DE GALLEGO	29328787	Afiliado	INVALIDEZ	100%
11	TEODORO CAICEDO IDROBO	70104275	Afiliado	INVALIDEZ	100%
12	JAIME ALBERTO ANDRAUS PELAEZ	71734982	Afiliado	INVALIDEZ	100%
13	EDISON ANTONIO IBARGUEN GUERRERO	11805037	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
14	WALTER DE JESUS CALLE	70054746	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
19	LUIS ALBERTO BERMUDEZ QUIROGA	70099575	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
20	EDGAR DE JESUS LOBO QUINTERO	4510259	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
21	JOSE ANIBAL ROMAN ARBOLEDA	7497198		MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
25	CARLOS ALBERTO OSPINA ARBOLEDA	98582509	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
26	JOSE DARIO ALZATE HERRERA	10253465	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
27	HENRY ALBERTO OSPINA SALDARRIAGA	98503570	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
28	EDGAR ANDRES ANGEL BECERRA	79672449	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
29	ARNEL FRANCISCO DE LA OSSA	92540308	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
30	JESUS SALVADOR ARBOLEDA	70508048	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
31	OSCAR RAMIRO ESPITIA	79052670	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
32	JORGE ALBERTO	3536860	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%

	OSPINA CARDONA				
33	JOSE FERNANDO ZEA AGUDELO	16888477	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
34	LUIS GABRIEL ARROYABE	72017605	Hermano	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
35	ROBERTO LOPEZ GARCÍA	9857197	Afiliado	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
37	EDGAR ANGARITA SALCEDO	80505824	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
38	ZONIA MARÍA TORO CASTAÑO	32392625	Hija	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
42	HERNAN ALBERTO ALARCÓN AGUILAR	79860290	Padre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
44	JOSE RUBIEL TORO GÓMEZ	6265843	Afiliado	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%

Así mismo, en un 50%, respecto de los siguientes eventos:

N°	**Afiliado**	**Identificación**	**Calidad**	**Suma adicional**
1	CASIERRA QUINTERO JORGE	16485957	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
2	PRIETO SUAREZ LILIANA CONSTANZA	51852870	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
3	LAGARES ROZO DILFREDO	7690643	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
4	PADILLA RODRIGUEZ CARLOS HERNANDO	79395571	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
5	QUINTERO RIASCOS ORLANDO	94303591	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
6	REYES MALDONADO CARMEN LELIS	23790373	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
7	GUERRERO GUIRAN ARIFAIBER	16894086	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
8	MUÑOZ ARENAS JONATHAN JAVIER	71360297	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
9	SERNA WILSON	6318012	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
10	CORRALES CAMPUZANO MARINO DE JESUS	70086450	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
11	PALACIOS MOSQUERA FABIO ANTONIO	71947973	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
12	VASQUEZ MUÑOZ LORENA	60293987	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%

13	BETANCOUR MEDINA FLORENCIO	13923481	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
14	CACERES RANGEL CRISPULO ANTONIO	13489240	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
15	GONZALEZ GIRALDO RODRIGO ALBERTO	18492041	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
16	POTES POTES GLORIA PATRICIA	31903000	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
17	ORTEGA ACOSTA OMAR	16620828	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
18	MORENO DIAZ LUIS FELIPE	17415878	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
19	GONZALEZ QUIÑONES EFRAIN ANTONIO	19242275	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
20	GARZON UMBARILLA BLANCA LILIA	41718611	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
21	GUTIERREZ REINA HENRY	16764484	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
22	LLANTEN RUIZ ALEXANDER	76292560	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
23	GOMEZ CARDONA JOHN JAIRO	75047514	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
24	ESCOBAR RENDON EDISON FERNEY	70255336	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
25	JARAMILLO RODR. MYRIAM DEL SOCORRO	41641011	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
26	HOYOS GAITAN GIOVANNI	71799438	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%

Respecto del afiliado Campo Elías Mendoza Millán, no es dable emitir condena en tanto tal como acreditó la aseguradora, para el momento de la demanda no se encontraba en firme la sentencia que disponía el pago de la pensión (fl 228 05Cuaderno02Ordinario201600390Folio410al703.pdf); con respecto del señor Hoyos Gaitán Giovanni, a contrario sensu de lo alegado por la demanda, se demostró el pago del 50% (fl. 237), estando a su cargo el 100% ante la improcedencia del acuerdo, por lo cual si resulta procedente al condena.

e. Intereses moratorios:

En lo atinente a los intereses moratorios, debe señalarse que tal como lo estimó el *a-quo,* el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no resulta aplicable en tanto hace referencia al pago de mesadas pensionales, aunado a ello que la obligación surgirá una vez se presente y aprueben los respectivos cálculos,

carga probatoria que, se reitera, no cumplió PORVENIR S.A. en el curso de este proceso, motivo por el cual se revocará la condena por este aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia, al haber procedido parcialmente la alzada de las dos partes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido condenar a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., a pagar a PORVENIR S.A. el 100% de la *suma adicional* en virtud del seguro previsional, a aquella que certifique la AFP como existente en la cuenta de ahorro individual de los afiliados para la fecha del siniestro, incluyendo el bono pensional si a él hay lugar, necesaria para sufragar la pensión que corresponda, conforme al cálculo actuarial que efectúe en cada caso la AFP demandante y presente ante la aseguradora demandada, teniendo en cuenta para ello las fórmulas pertinentes, respecto de los siguientes eventos:

No.	Nombre	Identificación	Calidad	Tipo de siniestro	Suma adicional
1	RICARDO ALONSO MANCILLA VIZCAYA	5622374	Afiliado	INVALIDEZ	100%
3	HERNAN PARRA OROZCO	18399906	Afiliado	INVALIDEZ	100%
4	BLANCA RUBBY ROJAS MOCETON	35458428	Afiliado	INVALIDEZ	100%
7	JOSE FERNANDO	6465709	Afiliado	INVALIDEZ	100%

	VASQUEZ ARBELAEZ				
8	JUAN FERNANDO MACIAS LONDOÑO	8012947	Afiliado	INVALIDEZ	100%
9	DOMINGA ROSAMENDOZA MARTINEZ	33337862	Afiliado	INVALIDEZ	100%
10	SANDRA MARIA CARDENAS ROJAS	52635342	Afiliado	INVALIDEZ	100%
15	MIGUEL HERNANDO MEDINA CAGUA	79558385	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
16	HERNAN GODOY VARON	14233535	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
17	JAIME LEON RUA MORENO	3673895	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
18	AURA LEONOR MOLINA SANCHEZ	31981002	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
22	JUAN BAUTISTA REYES CONTRERAS	9307212	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
23	JOSE MIGUEL POSADA BENITEZ	15605704	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
24	GABRIEL DE JESUS GOMEZ AGUDELO	71170140	Afiliado	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
36	ROSA MARÍA RODRIGUEZ MEJÍA	66777606	Afiliado	INVALIDEZ	100%
40	OSCAR ALFONSO RESTREPO ACOSTA	98666317	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
41	LUZ EUGENIA GARCÍA GARCÍA	31400267	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
43	GABRIEL ANGEL ZAPATA	3497160	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
45	CAMPO ELIAS MENDOZA MILLAN	19053353	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
46	ROGELIO ROJAS VELANDIA	91235058	Afiliado	INVALIDEZ	100%
39	JOSE EULICES HORTUA ENCISO	16546829	Hijo	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%

2	HUGO ANGEL MOLINA CORONELL	72177422	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
5	AURELIO MORALES MAYOR	13887218	Afiliado	INVALIDEZ	100%
6	MARIA JESUS SABOGAL DE GALLEGO	29328787	Afiliado	INVALIDEZ	100%
11	TEODORO CAICEDO IDROBO	70104275	Afiliado	INVALIDEZ	100%
12	JAIME ALBERTO ANDRAUS PELAEZ	71734982	Afiliado	INVALIDEZ	100%
13	EDISON ANTONIO IBARGUEN GUERRERO	11805037	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
14	WALTER DE JESUS CALLE	70054746	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
19	LUIS ALBERTO BERMUDEZ QUIROGA	70099575	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
20	EDGAR DE JESUS LOBO QUINTERO	4510259	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
21	JOSE ANIBAL ROMAN ARBOLEDA	7497198		MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
25	CARLOS ALBERTO OSPINA ARBOLEDA	98582509	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
26	JOSE DARIO ALZATE HERRERA	10253465	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
27	HENRY ALBERTO OSPINA SALDARRIAGA	98503570	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
28	EDGAR ANDRES ANGEL BECERRA	79672449	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
29	ARNEL FRANCISCO DE LA OSSA	92540308	Madre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
30	JESUS SALVADOR ARBOLEDA	70508048	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
31	OSCAR RAMIRO ESPITIA	79052670	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
32	JORGE ALBERTO	3536860	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%

	OSPINA CARDONA				
33	JOSE FERNANDO ZEA AGUDELO	16888477	Cónyuge	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
34	LUIS GABRIEL ARROYABE	72017605	Hermano	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
35	ROBERTO LOPEZ GARCÍA	9857197	Afiliado	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
37	EDGAR ANGARITA SALCEDO	80505824	Cónyuge	INVALIDEZ	100%
38	ZONIA MARÍA TORO CASTAÑO	32392625	Hija	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
42	HERNAN ALBERTO ALARCÓN AGUILAR	79860290	Padre	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%
44	JOSE RUBIEL TORO GÓMEZ	6265843	Afiliado	MUERTE/SOBREVIVIENTE	100%

Así mismo, en un 50%, respecto de los siguientes eventos:

N°	**Afiliado**	**Identificación**	**Calidad**	**Suma adicional**
1	CASIERRA QUINTERO JORGE	16485957	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
2	PRIETO SUAREZ LILIANA CONSTANZA	51852870	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
3	LAGARES ROZO DILFREDO	7690643	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
4	PADILLA RODRIGUEZ CARLOS HERNANDO	79395571	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
5	QUINTERO RIASCOS ORLANDO	94303591	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
6	REYES MALDONADO CARMEN LELIS	23790373	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
7	GUERRERO GUIRAN ARIFAIBER	16894086	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
8	MUÑOZ ARENAS JONATHAN JAVIER	71360297	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
9	SERNA WILSON	6318012	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
10	CORRALES CAMPUZANO MARINO DE JESUS	70086450	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
11	PALACIOS MOSQUERA FABIO ANTONIO	71947973	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
12	VASQUEZ MUÑOZ LORENA	60293987	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%

13	BETANCOUR MEDINA FLORENCIO	13923481	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
14	CACERES RANGEL CRISPULO ANTONIO	13489240	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
15	GONZALEZ GIRALDO RODRIGO ALBERTO	18492041	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
16	POTES POTES GLORIA PATRICIA	31903000	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
17	ORTEGA ACOSTA OMAR	16620828	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
18	MORENO DIAZ LUIS FELIPE	17415878	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
19	GONZALEZ QUIÑONES EFRAIN ANTONIO	19242275	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
20	GARZON UMBARILLA BLANCA LILIA	41718611	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
21	GUTIERREZ REINA HENRY	16764484	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
22	LLANTEN RUIZ ALEXANDER	76292560	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
23	GOMEZ CARDONA JOHN JAIRO	75047514	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
24	ESCOBAR RENDON EDISON FERNEY	70255336	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
25	JARAMILLO RODR. MYRIAM DEL SOCORRO	41641011	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%
26	HOYOS GAITAN GIOVANNI	71799438	MUERTE/ SOBREVIVIENCIA	50%

SEGUNDO: REVOCAR los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de absolver del pago de intereses moratorios, así como declarar no probadas las excepciones de mérito.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por los motivos referidos con antelación.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **15 2021 00607 01**
Demandante:	JOSÉ GREGORIO BERRÍO CHIQUILLO
Demandado:	SACYR CONSTRUCCION COLOMBIA S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida el 27 de junio de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSE GREGORIO BERRÍO CHIQUILLO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad SACYR CONSTRUCCION COLOMBIA S.A.S., a fin que se declare que entre las partes medió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia entre el 26 de abril del año 2017, sin solución de continuidad, y que se encuentra vigente; así mismo se declare ineficaz la terminación unilateral del contrato de trabajo acaecida el 3 de mayo de 2021, así como la responsabilidad patronal por los daños y perjuicios que padeció con ocasión al accidente de trabajo que le ocasionó una pérdida de la capacidad laboral.

En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo, o a uno de similares condiciones, con el respectivo pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir desde el momento del despido, más la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como la indemnización plena de perjuicios, incluyendo los perjuicios materiales e inmateriales, objetivados y subjetivados, a título de lucro cesante consolidado y futuro, perjuicios morales y daño a la vida de relación, la indexación, intereses corrientes, intereses moratorios y lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Se refirió en los supuestos fácticos de la demanda que el 18 de abril de 2018 suscribió un contrato de trabajo con la accionada SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBIA S.A.S., a fin de desempeñarse como Electromecánico de Trituración, cumpliendo funciones en la planta de asfalto del campamento Venera, ubicada a 5 km de la vía que conduce de Sanjuán de Nepomuceno a Cartagena, devengando como último salario la suma de $1.800.000 más auxilio por viáticos en valor de $600.000.

Relata que el 6 de marzo del año 2019 sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó una fractura en la clavícula, rostro, y otras partes del cuerpo, y que devino por cuanto debía realizar una revisión eléctrica por una falla que se había presentado en la cabina de operaciones de la planta de asfalto, la que se encontraba ubicada a dos metros de altura y carecía de escalera para acceder a ella, por lo que se colgó de la plataforma para poder subir a ella, la cual perdió estabilidad , de tal manera que el peso de la plataforma y la caída, lo lesionaron en su hombro derecho y cara, siendo incapacitado durante tres meses.

Refiere que la empresa no adoptó las medidas de seguridad necesarias, en tanto la plataforma no estaba suficientemente sujetada para evitar su caída, no era

segura ni tenía la firmeza suficiente para evitar su desplome, aunado a ello que no contaba con escalera para acceder a la misma, omitiendo la empleadora además suministrar personal de apoyo para realizar el trabajo de mantenimiento eléctrico y no elaboró un plan de procedimientos y métodos para el manejo adecuado del mantenimiento eléctrico de la planta de asfalto.

Asevera que el accidente de trabajo ocasionó secuelas de carácter permanente presentando limitación para abducción completa y elevación del miembro superior derecho por fracturas, por lo cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen No. 19601418-9702 del 10 de junio de 2021 otorgó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 9.59%, de origen laboral y con fecha de estructuración del 3 de junio de 2021.

De otra parte, que el día 21 de julio de 2020 sufrió un accidente de tránsito, que le ocasionó diversas lesiones, siendo incapacitado por espacio de siete meses, las que se extendieron hasta el 18 de febrero del año 2021, siendo dado de alta a médica con restricciones y recomendaciones laborales, lo cual era de conocimiento de la sociedad empleadora, pese a lo cual fue despedido el 3 de mayo de 2021, omitiendo solicitar el permiso ante el Ministerio del Trabajo.

Finalmente, que se le ocasionaros los perjuicios materiales, morales y a la vida de relación que depreca.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada SACYR CONSTRUCCION COLOMBIA S.A.S. contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo, no obstante en la cláusula segunda se establecen que sus funciones estarán acorde a las necesidades del proyecto, de tal forma que podía solicitarse la gestión de actividades de otros roles; de igual manera que el accionante sufrió un accidente de trabajo el 6 de marzo de 2019, el cual tiene cierre administrativo ante la ARL, al haber culminado

el proceso de rehabilitación el 22 de octubre de 2020, siendo apto para trabajar, condición que mantenía para la fecha en que terminó el contrato de trabajo.

Refiere además que el demandante incumplió las normas de seguridad y salud en el trabajo, desarrollando actividades sin el uso de los elementos de protección personal que se le habían suministrado de manera periódica y oportuna, como son los requeridos para actividades en alturas, aunado a ello que la plataforma cumplía con las condiciones adecuadas para el desarrollo de las actividades en la obra. Señala que la ARL emitió calificación con el 0% de PCL, y la sociedad no tuvo conocimiento del trámite que de manera personal adelantó el accionante relacionado con las inconformidades del porcentaje de su calificación otorgada por la ARL ante la JNCI. Finalmente, que la desvinculación obedeció a un aspecto objetivo, como lo es la finalización de la obra para la cual fue contratado.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones, buena fe, mala fe de la parte demandante, compensación, prescripción, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, genérica, y las demás que el juzgado encuentre probadas y que por no requerir formulación expresa declare de oficio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito en sentencia proferida 27 de junio de 2023 declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el día 18 de abril de 2018 y el 3 de mayo del año 2021; condenó a la demandada a título de indemnización plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T. al pago de $55.226.837; y absolvió de las restante pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* indicó inicialmente que no existe discusión respecto de la existencia del contrato de trabajo y los extremos laborales; de igual manera, que en otro sí al contrato de trabajo se pactó el pago

del auxilio extralegal de transporte, por valor de $150.000, el cual fue expresamente excluido de ostentar carácter salarial, sin que se haya trasgredido lo consagrado en el artículo 128 del C.S.T.

Determinados tales aspectos, esto es, el contrato de trabajo y la remuneración, estimó frente a la estabilidad laboral reforzada que, si bien se encuentra acreditado que el actor tuvo un accidente de trabajo el 6 de marzo de 2019, que le generó una afectación en su salud, lo cierto es que para el 3 de mayo de 2021 no presentaba una situación de discapacidad, lo cual fue confesado por el actor, además la última incapacidad médica data del 26 de enero de 2021 por espacio de 30 días. De otra parte, no se acreditó que la empleadora conociera que el accionante debía realizarse una cirugía en el hombro, más aún cuando la historia clínica es reservada. Así mismo, frente a la PCL, la prueba testimonial corroboró que el conocimiento de la empresa consistía en la calificación del 0% que le fue otorgada en esa época, siendo tras el retiro que se asignó un porcentaje superior para el mes de junio de 2021.

De tal manera, que la terminación del contrato no obedeció al estado de salud del demandante, por lo que absolvió de esta pretensión.

En lo atinente a la indemnización plena de perjuicios, señaló que no existe duda en cuanto a la ocurrencia del accidente de trabajo, el cual se produjo por causa de la actividad laboral que realizaba el actor por órdenes de quien representaba al empleador, ejecutando actividades propias del cargo que desempeñaba; de otra parte, que la prueba testimonial del señor GUSTAVO ARIAS, da cuenta que la plataforma se encontraba superpuesta y no estaba debidamente ajustada, lo cual no garantizaba las condiciones de seguridad para que el trabajador se subiera y soportara su peso, lo cual implica una negligencia de la empleadora en sus obligaciones; así mismo, no existía personal alguno que supervisara la labor a desarrollar, haciendo presencia solo con posterioridad al acaecimiento del accidente; señala además que también existe una falta de previsión y de

autoprotección por parte del trabajador al exponer al riesgo, configurándose una concurrencia de culpas, lo cual no exonera al empleador, sino que impacta en el monto de la indemnización.

Estimó que no se acreditó el daño emergente; frente al lucro cesante consolidado, lo liquidó señalando que el salario indexado asciende a $2.389.546, cuyo 9.59% corresponde a $229.157, y entre la fecha del accidente y la sentencia transcurrieron 26 semanas, para un total de $5.958.082; por su parte el lucro cesante futuro lo calculó teniendo en cuenta una expectativa de vida de 38 años, esto es, 456 meses, lo cual multiplicado por $229.157 arroja un total de $104.495.592, monto que sumado al consolidado arroja un total de $110.453.674, y ante la concurrencia de culpas, emitió condena al pago del 50%, esto es, $55.226.837.

Respecto de los perjuicios morales señaló que no se acreditó su causación, lo cual también se predica del daño a la vida de relación, en tanto no se corroboró por ningún medio probatorio lo esgrimido en la demanda. Finalmente, que no operó el fenómeno prescriptivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló, manifestando que se cumplieron todas las condiciones de seguridad, sin que existiera falencia alguna en el ambiente de trabajo, tal como lo concluyó el informe del accidente de trabajo y la conclusión de la ARL, atinente a que la causa del accidente fue el actuar negligente del demandante.

Además, no existe norma técnica alguna que disponga que la plataforma deba estar anclada al suelo, siendo una estructura consolidada que permitía su uso, lo cual se acredita con las fichas que analizaron los órganos de control. De tal manera, que el accidente obedeció a culpa exclusiva del trabajador.

La parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando que no operó una concurrencia de culpas, ello en tanto el demandante solo cumplió con su deber, pues de no realizar la actividad la empresa lo hubiese despedido por no se recursivo para resolver el inconveniente.

De otra parte, que el actor si gozaba de la estabilidad laboral reforzada, ello por cuanto la empresa conocía del procedimiento quirúrgico pendiente, siendo de su conocimiento el examen de egreso; además, al contestar la demanda aceptó que el actor se encontraba en proceso el calificación así como que el representante legal y los testigos, son profesionales, y por ende conocedores de las normas de salud y seguridad en el trabajo, por ello, la empresa conoce que la PCL no se define en la ARL ni en la Junta Regional, sino con la calificación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, siendo deber el notificar a los empleadores. De tal manera que la empresa actuó de mala fe, aparatándose la decisión del *a-quo* del precedente de la Corte Constitucional, en tanto, no se requiere que para el momento del despido se encuentre vigente una incapacidad o que se haya culminado el proceso de calificación.

Finalmente, que debió emitirse condena por concepto de daño moral en tanto cuando lo pretende el mismo demandante no requiere prueba, y frente a la vida de relación, se demuestra con el dictamen de pérdida de la capacidad laboral y la historia clínica.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, los problemas jurídicos a dilucidar, se contraen a determinar i) si se debe revocar la condena por indemnización plena de perjuicios; y de resultar procedente tal condena, establecer lo atinente a la concurrencia de culpas y al pago del prejuicio moral y el daño a la vida de relación; ii) de otra parte, si se debe emitir condena respecto del reintegro en virtud de la alegada estabilidad laboral reforzada.

c. Del contrato de trabajo:

Previo al análisis del *sub-examine*, sea lo primero referir que entre el demandante señor JOSE GREGORIO BERRÍO CHIQUILLO y la sociedad SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBIA S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el día 18 de abril de 2018 y el 3 de mayo del año 2021, conclusión a la que arribó el *a-quo,* y no fue recurrida por las partes; además se corrobora con la copia del contrato de trabajo (archivo digital 4_Contrato de trabajo.pdf) y la misiva de terminación sin justa causa del 3 de mayo de 2021 (archivo digital 10_TERMINACION SJC.pdf).

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

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

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

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

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

> *"Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador.*
> *"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho, en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.*

Es decir, a este compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios.

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

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

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

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

Bajo esta égida, debe señalarse que la parte recurrente no disiente del acaecimiento del accidente de trabajo, aduciendo, no obstante, que el mismo provino de la culpa exclusiva del demandante, ello en tanto realizó una práctica indebida, sin que existiera falencia alguna en la plataforma, tal como lo concluyó

el informe del accidente de trabajo y la conclusión de la ARL; por su parte, el *a-quo* encontró acreditada la culpa patronal por cuanto la plataforma no se encontraba debidamente adherida, lo que permitió el desplome que le generó los perjuicios al trabajador, ello sin desconocer que también se avizoró un actuar negligente del trabajador al no preservar su autocuidado.

Así las cosas, de la revisión de la prueba documental, se evidencia que se aportó el reporte del accidente de trabajo con destino a la ARL SURA (archivo digital 28_Reporte de accidente de trabajo a la ARL.pdf), en la cual se refiere que el demandante desempeña la labor de Electrotécnico y que el 6 de marzo de 2019 sobrevino el accidente cuando "*El trabajador se cuelga para acceder a una plataforma que pesa aproximadamente 100 kl y esta se le viene encima golpeándole el hombro derecho, el trabajador estaba a nivel y la plataforma a 2 mt de altura".* Así mismo en la Alerta de Seguridad del 20 de marzo de 2019 del Coordinador SST de la empresa, señor OMAR BOCANGERA, se concluye como causa *"Evaluación deficiente de los riesgos al realizar una actividad. El desempeño subestándar es más gratificante/comportamientos inseguros".*

Ahora bien, el representante legal HELI HERÁNDEZ señaló que el actor prestó el servicio para solucionar un problema eléctrico, desconociendo los aspectos técnicos de la plataforma como del acceso a la misma; además que el actor optó por no usar la línea de vida para trabajos en altura. El demandante al absolver el interrogatorio de parte aseveró que el ingeniero CHRISTIAN FLÓREZ, su jefe inmediato, le informó que se presentaba una falla eléctrica en la planta de asfalto, y para la solución debía acceder por la parte de atrás de la cabina en donde se encontraban los cables, por lo cual procedió a ascender por uno de los costados de la plataforma en tanto no contaba con escalera, momento en el cual la misma cae al suelo, lo que obedeció a que no estaba sujeta, más aún cuando no existía lugar para sujetar la línea de vida, la cual no le fue entregada.

El señor JORGE LEONARDO FERNÁNDEZ, quien fuera compañero de trabajo y prestaba servicios como soldador, relató que al momento de ascender a una plataforma, la misma se cayó al no estar sujetada, lo que ocasionó una lesión al actor; así mismo que la orden la emitió el ingeniero CHRISTIAN FLÓREZ, y que para acceder a la plataforma la única manera era subiendo por los lados, al no tener una escalera; así mismo, que no se encontraba sujeta, por cuanto no estaba soldada o pernada; de igual manera, que después del accidente se fijó la plataforma y se instaló una escalera de acceso.

La señora ADRIANA VILLALBA, quien laboraba para la empresa accionada como Jefe de Gestión de Personal de un proyecto que adelanta la demandada; respecto del accidente relató tener conocimiento por un reporte del área SST, sin tener conocimiento preciso del mismo ni de las medidas adoptadas tras el accidente.

Finalmente, el deponente GUSTAVO ARIAS, quien labora para la demandada como Director Corporativo del Área de Seguridad y Salud en el Trabajo, relató que el trabajador se *"cuelga para ascender al sitio, se cuelga de la plataforma, y la plataforma se gira, se voltea, y por el mismo peso de él que está agarrado, termina golpeándolo en el hombro*", de tal manera, que el accidente deviene de un actuar negligente del demandante. Así mismo señala que la plataforma *"estaba sobre una base, una base que esta soldada a la planta grande como tal, y la plataforma está superpuesta sobre esa base, y engancha en una especie de grapas, y para ascender, en el caso que tuvieren que hacer las tareas rutinarias […] había una escalera móvil la cual ellos la podían posicionar en el sitio, que era lo que normalmente hacían en esas verificaciones".* De tal manera, que el trabajador tomó una decisión apresurada y errónea al momento de ascender en una especie de escalada.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que el accionante realizó la actividad de arreglo de la falla eléctrica por orden del empleador, por conducto del ingeniero CRHISTIAN FLÓREZ, para lo cual era indispensable que accediera ascendiendo por la plataforma, y para ello se debía utilizar una escalera móvil, procedimiento

detallado por el testigo GUSTAVO ARIAS, quien se desempeña como Director Corporativo del Área de Seguridad y Salud en el Trabajo de la accionada.

Ahora bien, el testigo GUSTAVO ARIAS aportó un registro fotográfico, el cual fue incorporado al plenario, aseverando que corresponde al día del accidente tras el acaecimiento del mismo; en la que se evidencia la existencia de la escalera, lo que en inicio conduciría a concluir que el actor incumplió las normas de seguridad en el trabajo y se expuso de manera negligente al riesgo; sin embargo, tal testimonio resulta contradictorio con lo referido por el señor JORGE LEONARDO FERNÁNDEZ, quien aseveró que la escalera no se encontraba en el lugar y que se utilizaba como práctica el ascender escalando por el lado de la plataforma.

Frente a dicha situación y del análisis conjunto de las pruebas, se debe señalar que la no utilización de la escalera no se documentó en el reporte del accidente de trabajo ni en el resultado de la Alerta de Seguridad del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, en la que solo se concluyó que la plataforma de un peso de aproximadamente 100 kilos *"se le viene encima golpeándolo en el hombro derecho*". Aunado a lo anterior, al testigo GUSTAVO ARIAS, quien aportó el registro fotográfico de la escalera, se le interrogó "*en el momento del accidente en dónde se encontraba exactamente ubicada esa escalera*", contestando desconocer tal situación, señalando solo que la escalera debía permanecer en el entorno laboral, lo cual resta credibilidad a que el registro fotográfico se haya tomado en el momento en que ocurrió el accidente, pues en la foto aparece la escalera en un lugar determinado, siendo que el propio testigo señaló desconocer la ubicación para el momento del insuceso. Así mismo, refirió que el actor ya había ascendido en anteriores oportunidades por la escalera, sin embargo, posteriormente aclaró no constarle esa situación, pues solo lo deduce por sus funciones.

En ese orden ideas, la empleadora no acreditó que la escalera estuviera disponible para que el trabajador ascendiera a la plataforma, y en el informe de

Alerta de Seguridad del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, lo que concluye la empresa es que la plataforma golpea al trabajador al caer por el peso del señor JOSÉ BERRÍO al ascender, y si bien señala que hubo una "*evaluación deficiente del riesgo*" por el demandante, en manera alguna señala que no utilizó la escalera dispuesta para ello.

De tal manera, que no se acreditó por pasiva que haya cumplido con sus obligaciones de protección, seguridad y salud en el trabajo, ello en tanto (i) no quedó establecido de manera fehaciente, que haya estado disponible la escalera al momento del accidente, pues el testigo GUSTAVO ARIAS, aseveró desconocer su ubicación cuando acaeció el insuceso, desvirtuando así el registro fotográfico que presentó a efectos de demostrar que si se contaba con la escalera; y (ii) el resultado de la investigación o reporte denominado Alerta de Seguridad, es que el accidente ocurre por la caída de la plataforma ante el peso del trabajador al ascender a la plataforma; se reitera, sin hacer mención al no uso de la escalera, lo que conduce a concluir que la inestabilidad de la misma al no estar sujeta, es causa del accidente, más aún cuando el testigo JORGE LEONARDO FERNÁNDEZ, aseveró que solo con posterioridad al accidente, se sujetó o fijo la plataforma de manera segura.

De tal manera, que le asistió razón al encontrar reunidos los presupuestos para acceder a la indemnización plena de perjuicios.

En ese punto y respecto de la alzada incoada por activa, atinente a la concurrencia de culpas, el *a-quo* refirió que el actor participó en la ocurrencia del accidente al haberse expuesto al riesgo al ascender a la plataforma, siendo el argumento del apelante para que se desestime tal conclusión, el hecho que la actividad fue ordenada por la empleadora, y que de no acatarla sería seguramente despedido por no ser recursivo para resolver el inconveniente, hecho que se constituye en una evento hipotético o eventual y que no se soportó en ningún medio probatorio.

De ahí que no sea factible desestimar la concurrencia de culpas por lo argüido por el recurrente.

En ese orden de ideas se confirmará la decisión de primer grado en este puntual aspecto.

e. Perjuicios morales y daño a la vida de relación:

El *a-quo* absolvió de estas pretensiones, argumentando para ello que no se acreditó su causación, señalando el recurrente que los daños morales no requieren prueba y el daño a la vida de relación se acredita por la historia clínica y el dictamen de pérdida de la capacidad laboral.

Sobre el particular, se debe señalar que, *a contrario sensu* de lo alegado por el *a-quo*, el demandante acreditó que el accidente de trabajo ocasionó como secuelas una incapacidad permanente, así como una PCL 9,59%, lo cual permite la prosperidad de la indemnización de perjuicios a título de perjuicios morales. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2694-2023, Radicación No. 96652 del 8 de noviembre de 2023, señaló:

> *"De otra parte, tampoco cometió yerro jurídico alguno el fallador de segundo grado en cuanto la condenó a pagar los perjuicios inmateriales, específicamente los daños morales, los que ha precisado tanto la jurisprudencia de esta corporación como de lo Contencioso Administrativo, conforme lo puso de presente el Tribunal, lo que en momento alguno representa un equívoco como lo sugiere la censura, pues ante la imposibilidad de cuantificarlos con exactitud su determinación dependerá del juez en cada caso -arbitrium judicis- a través de una especie de compensación por el daño acaecido. Así lo precisó la Corte, entre otras en la sentencia CSJ SL,16 mar. 2005, rad. 23489, cuando señaló:*
>
> *"Para proferir la condena el ad quem se basó en una consideración jurídica que ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala de la Corte Suprema, que de manera reiterada ha considerado la gran dificultad de hacer una valoración del daño moral y por eso, reconociendo que ese daño se produce*

bajo determinadas circunstancias y para determinadas personas, como sucede en un caso como el presente, deja al arbitrio del juez la prudente estimación del valor del que produce la pérdida de un ser querido.

"En el mismo contexto, ***no puede dejarse de lado y así lo revelan las máximas de la experiencia, que toda lesión corporal proveniente de un siniestro laboral acarrea un daño moral al trabajador lesionado, es decir, la sola constatación de una lesión psicofísica presume el dolor, la aflicción, la congoja de la víctima directa, toda vez que a raíz de ello deberá afrontar sentimientos de angustia, tristeza, aflicción, desolación, etc., es por ello que, el juez en su criterio y libre albedrío deberá tasarlos, que fue lo que acaeció en el sub examine****.*

"Refuerza lo anterior, lo dicho por la Corte, en la sentencia CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 22656, cuando precisó:

*Y****, en lo que tiene que ver con el valor del perjuicio moral reclamado en la demanda, debe decirse por la Corte que toda lesión corporal, por mínima que sea, aflige al ser humano causándole, además del dolor físico que le es propio, uno moral que no puede ser, en modo alguno, resarcido a plenitud****. Aflicción que no pocas veces se prolonga en el tiempo invadiendo aspectos de la vida personal, familiar y social del afectado. Por eso, se impone tasar al arbitrio del juez una suma de dinero para mitigar así sea en parte el dolor moral sufrido.*

En este asunto, atendidas las características de la lesión que afectó al trabajador (victima directa), como sus posibles repercusiones, tales daños fueron fijados en la suma de 40 salarios mínimos mensuales vigentes del año 2022, que ascendió a la cuantía de $40.000.000, los cuales no resultan desproporcionados, teniendo en cuenta el grado de pérdida de la capacidad laboral, las repercusiones del accidente en el demandante que las dio por demostradas el Tribunal y la ***línea de pensamiento de esta corporación que ha señalado como criterio orientador o indicativo de la tasación de los mismos hasta el equivalente a 100 SMLMV****, pero no como un límite máximo, porque habrá casos que ameriten una tasación mayor (CSJ SL5195-2019, CSJ SL 1361-2019, CSJ SL2665-2021 y CSJ SL4223-2022).*

De tal manera, que se revocará la decisión de primer grado en este aspecto, para en su lugar condenar a la parte demanda al pago de 10 SMLMV a título de perjuicios morales, teniendo en cuenta el dolor y la aflicción causada ante el accidente de trabajo, así como la PCL de manera permanente.

Frente al daño a la vida de relación, tal concepto atiende a aquellas afectaciones que truncan acciones que el trabajador desarrollaba a fin de *"disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales"*, tal como se consideró en la sentencia CSJ SL4570-2019. De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3111-2023, Radicación No. 91026 del 12 de diciembre de 2023, estimó:

> *"Pues bien, revisado el expediente, la Sala no advierte que se haya demostrado la afectación a la aptitud y disposición para disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales, o que se hubiera demostrado que con ocasión del accidente de trabajo, la actora Valencia Quintero hubiera quedado impedida para realizar algunas actividades placenteras de la vida, tampoco que con ocasión del fallecimiento y antes de su muerte el realizarlas le implicara de un esfuerzo mayor o que le generaran incomodidades y dificultades.*
>
> *"En un caso en donde se reclamaba los perjuicios por el daño en la vida de relación a favor de la allí demandante por la muerte de sus hijos ocasionada en un accidente de trabajo, la Sala al no encontrar prueba consideró improcedente su reconocimiento. Para el efecto señaló:*
>
> *"Los perjuicios reclamados por el daño en la vida de relación no corren la misma suerte, puesto que en idéntico sentido a la absolución de la demandada del pago de los perjuicios materiales reclamados, no hubo actividad probatoria de la parte demandante que dé cuenta de que con la pérdida de sus hijos con ocasión al accidente de trabajo padecido, le haya generado una imposibilidad de poder realizar actividades placenteras en el futuro, o lo que es lo mismo, no lleva inexorablemente a pensar que el infortunio fue de tal magnitud, que le es imposible desarrollar sus proyectos de vida, situaciones distintas de la aflicción sufrida y que debe probarse, tal y como lo ha sostenido esta Corte (CSJ SL2206-2019)".*

Así las cosas, en el plenario no se acreditó el supuesto fáctico en que sustentó esta pretensión, esto es, que "*le gustaba jugar beisbol en su tiempo libre, actividad que no puede seguir realizando, debido a la limitación física que le ocasionó el accidente laboral"* y que "*le gustaba levantar pesas, actividad que se le restringe debido a sus limitaciones",* hechos que no fueron corroborados por ningún medio probatorio, sin que además se desprendan del dictamen de PCL ni de la historia clínica. Motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

f. Estabilidad laboral reforzada:

En tratándose de la estabilidad laboral reforzada, se advierte que según lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, que la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad en el trabajo frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

> *"[…] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*
>
> *"La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).*
>
> *"Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.*
>
> *"En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral*

reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

"[…] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

"Y añadió, que tales preceptos, además,

"[…] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

"[…]

"En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

"[...]

"En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo."

Se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1154-2023, Radicación No. 93093 del 10 de mayo de 2023, recoge los criterios que había esbozado a efectos de establecer si el trabajador ostenta la condición de discapacidad, señalando:

"De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

"(i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.

"(ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

"En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

"[...]

"Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

"[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en

un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

"[…]

"Para tales efectos la Sala entiende por 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.

"[…]

"En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

*"**a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.***

"b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

"c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

"Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

"[…]

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

En ese orden de ideas, procede la Sala a analizar si en el presente evento se configuran los elementos que concurren en el concepto de discapacidad, evento que es el objeto de protección en la Ley 361 de 1997.

Al respecto, se debe señalar que el accionante acreditó que padecía una deficiencia a consecuencia del accidente de trabajo, ello en tanto se aportó el dictamen médico del 20 de octubre de 2020 (fls. 30 a 33 archivo digital 04Pruebas.pdf), el cual refiere como diagnóstico *"1.- Fractura de clavícula derecha; 2.- POP De con reconducción abierta + osteosíntesis de clavícula derecha; 3.- trauma facial";* frente al concepto de aptitud se consigna *"Paciente con secuelas permanentes de fractura de clavícula que produce limitación para abducción completa y elevación completa de miembro superior derecho por fractura y antecedentes"*; deficiencia que además se cataloga como de mediana o largo plazo, en tanto se presentaba desde el accidente de trabajo del 6 de marzo de 2019.

Ahora bien, no basta con acreditar la existencia de la deficiencia, toda vez que además la misma debe constituirse en una barrera para el trabajador de tipo actitudinal que le impida ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad. Al respecto, la documental analizada, si bien dispone recomendaciones y restricciones generales, conceptúa que sí es apto para trabajar; de otra parte, se evidencia que la última incapacidad médica se concedió entre el 19 de enero de

2021 y el 17 de febrero de 2021 (fl. 75 archivo digital 04Pruebas.pdf), y que tuvo como causa externa un *"accidente de tránsito"* (fl. 76 archivo digital 04Pruebas.pdf), lo cual demuestra que para la fecha del despido, 3 de mayo de 2021, no se encontraba en incapacidad médica; aunado a lo anterior el demandante al absolver el interrogatorio de parte, corroboró que no estaba incapacitado y se encontraba pendiente la realización de una cirugía.

Así mismo, la historia clínica permite advertir que, para el 19 de febrero de 2021, se solicitó el alta médica para reingreso laboral, señalando que hace 7 meses sufrió un accidente de tránsito, dejando constancia que *"refiere sentirse bien – asintomático en el momento"* (fl. 77 archivo digital 04Pruebas.pdf), concluyendo *"paciente en buenas condiciones generales – se da de alta médica – puede retornar a actividades laborales – se dan indicaciones y recomendaciones generales".*

Finalmente, los dictámenes de PCL para para la fecha del despido habían sido expedidos por parte de la ARL SURA el 30 de noviembre de 2020 y por la JRCI el 26 de febrero de 2021 (fls 98 a 110 archivo digital 04Pruebas.pdf), establecieron el 0% de PCL, siendo tal porcentaje modificado al 9.59% por la JNCI el 10 de junio de 2021 (fls. 111 a 122 archivo digital 04Pruebas.pdf), esto es, con posterioridad a la fecha del despido, de ahí que no se factible estimar que el despido obedeció a un acto discriminatorio, pues el accionante había sido dado de alta médica, no se encontraba vigente incapacidad médica y se había conceptuado su aptitud laboral y una PCL del 0%, sin que por el hecho de existir recomendaciones de carácter general, se estime acreditada una barrera para la prestación del servicio, más aún cuando en la historia clínica del 19 de febrero de 2021, se señalaba que no presentaba ningún síntoma y que se sentía en condiciones para laborar, consideraciones que conllevan a que la decisión de primer grado sea confirmada en ese puntual aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió de los perjuicios morales, para en su lugar **CONDENAR** a la sociedad SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBIA S.A.S. a pagar a favor del señor JOSÉ GREGORIO BERRÍO CHIQUILLO, la suma equivalente a 10 SMLMV por concepto de perjuicios morales, de conformidad con las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **16 2020 0366 01**
Demandante:	JOSÉ ISAAC URBANO RODRIGUEZ
Demandados:	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLFONDOS S.A., a la abogada ELIZABETH SELENE LAMBY CUELLO, identificada con cédula de ciudadanía 1.140.849.831 y T.P. 266.692 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

En igual sentido, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la profesional del derecho DIANA MARCELA PRIETO SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.022.355.311 y T.P. 283.683 del C. S. de la Judicatura, según el poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ ISAAC URBANO RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la nulidad del formulario de afiliación mediante el cual se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. por omisión del deber de información, a su vez, se declare que el fondo privado debe retornar a COLPENSIONES los aportes efectuados, y que esta última entidad debe recibirlo como afiliado.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a COLFONDOS S.A. anular el formulario de afiliación mediante el cual se trasladó a ese régimen, e igualmente, se le condene a devolver a COLPENSIONES todos los aportes que realizó, se condene a las demandadas a lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita* y al pago de costas y agencias en derecho.
De forma subsidiaria, pretende se declare que el traslado se dio en el año de gracia establecido en la Ley 797 de 2003, por haber realizado aportes del 1º de febrero al 30 de junio de 2003 a COLPENSIONES y por tanto, esa accionada deber recibirlo como su afiliado.

Consecuencialmente, pretende se condene a COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en su cuenta como, cotizaciones y rendimientos. Además, se ordene a esa administradora de pensiones lo reciba en el régimen que administra.

Como segundas pretensiones subsidiarias, pretende se declare que COLFONDOS S.A. debe anular los formularios que suscribió el 1º de junio de 1997 y el 20 de septiembre de 1999 al no cumplir con los requisitos de ley, igualmente se declare que COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES los aportes y rendimiento que obran en esa entidad y la segunda debe afiliarlo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En consecuencia, pretende que se condene a COLFONDOS S.A. a anular los formularios que por medio de los cuales se afilio a ese fondo y que fueron suscritos el 1º de junio de 1997 y el 20 de septiembre de 1999, asimismo, se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en su cuenta como, cotizaciones y rendimientos. Además, se

ordene a esa administradora de pensiones recibirlo en el régimen que administra.

1.1 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de abril de 1962 y estuvo afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS desde el año 1981, y se trasladó el 1º de junio de 1997 a través del formulario de afiliación No. 205362 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. por instrucción de su empleador, sin recibir información sobre el cambio de régimen y sin tener la posibilidad de dirigirse a otro fondo, adicionalmente, expone que no recibió copia de ese formulario el cual fue diligenciado como una vinculación inicial; sin embargo, el fondo certifica que la afiliación a esa administradora se dio a través del formulario No. 7168171 de 20 de septiembre de 1999, del cual tampoco cuenta con copia y no fue diligenciado debidamente.

De otra parte, aduce que realizó cotizaciones al ISS entre el 1º de febrero y el 30 de junio de 2003, es decir, en el periodo de gracia dispuesto en la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003 para trasladarse de régimen, entendiéndose que efectuó una aceptación tácita del traslado.

Añade que el asesor del fondo privado estaba en la obligación de brindarle información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, antes de afiliarse, sin embargo, no le explicó las consecuencias negativas que le ocasionaría el traslado de régimen pensional. De otro lado, sostuvo que COLFONDOS indicó que su capital es insuficiente para acceder a una pensión, mientras tanto, el fondo público le indica que obtendría una mesada de $3.517.782, siendo evidente que esa mesada le es más favorable. En esa medida, refiere que solicitó a las encartadas la nulidad de su traslado de régimen pensional, pedimento que fue denegado. (archivo 01 carpeta 01ExpedienteJuzgadoOrigen).

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que el actor se trasladó de manera libre y voluntaria, siendo debidamente asesorado por el fondo privado, de modo que, su afiliación a ese régimen es completamente válida.

Propuso como medios exceptivos los de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (archivo 24).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, arguyendo que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además los asesoró sobre de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el RAIS. Dicho esto, las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico y fáctico, ya que no se aportan pruebas que permitan demostrar que la vinculación del actor a ese fondo se efectuó bajo algún vicio del consentimiento, máxime cuando el formulario de afiliación da cuenta que la vinculación a ese régimen se dio de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (f. 4 a 20 archivo 29)

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, avocó conocimiento de las presentes diligencias, las cuales provenían del Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual las remitió en cumplimiento a

lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA22-11918 del 2 de febrero de 2022 y CSJBTA22-15 del 1º de marzo de 2022. (archivo 04)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de mayo de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por José Isaac Urbano Rodríguez, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 20 de septiembre de 1999, a través de la AFP Colfondos SA, por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.*
>
> *"SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, Condenar a Colfondos SA Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración.*
>
> *"TERCERO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recibir de Colfondos SA Pensiones y Cesantías, y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en el numeral inmediatamente anterior, para efectos de reactivar válidamente la afiliación del demandante, y proceder en seguida, a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de José Isaac Urbano Rodríguez, con la respectiva imputación de pagos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> *"CUARTO: Absolver a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas, como las subsidiarias teniendo en cuenta que salieron avante las pretensiones principales.*
>
> *"QUINTO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, y no probados los demás medios exceptivos, teniendo en cuenta las resultas del proceso.*
>
> *"SEXTO: Costas a cargo de Colfondos SA y a favor del demandante; agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.*
>
> *"SÉPTIMO: De no ser apelada se concederá el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia señaló que estaba acreditado que el demandante había estado vinculado al ISS desde 1981 y que

el 20 de septiembre de 1999 se trasladó a la AFP COLFONDOS en donde se encuentra vinculado en la actualidad. Continuó señalando que el traslado de régimen por vinculación a AFP es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos y contratos que así lo exija, aunado a que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que la selección de uno o cualquiera de los regímenes pensionales sería libre y voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, traslado que queda sin efectos si se atenta contra ese derecho a la libre elección de acuerdo a lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1991.

Seguidamente, refirió que, atendiendo la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les corresponde a las AFP garantizar que el traslado de sus potenciales afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo ante una decisión informada y verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, al punto de que se hubiere podido conocer por parte del afiliado la identificación de los riesgos que implicaba dicho acto, y a su vez los beneficios que debía reportar de manera clara, carga probatoria que para el presente asunto COLFONDOS S.A. no logró demostrar, lo que no se demuestra con el formulario de afiliación.

En virtud de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución de los emolumentos que obren en la cuenta individual de ahorro del actor a COLPENSIONES y las demás sumas que refiere en la sentencia. Asimismo, puntualizó que no goza de prosperidad la excepción de prescripción por cuanto todos los asuntos derivados del derecho pensional no pueden verse afectados de este fenómeno. Condenó en costas a COLFONDOS y dadas las resultas del proceso se relevó del estudio de las pretensiones subsidiarias impetradas en la demanda.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES, conforme a lo establecido en el artículo 69 del

C.P.T. y de la S.S., como quiera que la sentencia proferida en primera instancia fue adversa a los intereses de esa entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no

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

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

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

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

jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación mediante el cual el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual el 20 de septiembre de 1999 a COLFONDOS S.A., aspecto que igualmente certifica ese fondo mediante comunicación adiada el 23 de diciembre de 2019. Sin embargo, observa la Sala que en el reporte de semanas emitido por ese fondo privado obran cotizaciones al mismo desde junio de 1997, lo que hace presumir que el traslado se pudo dar en esa data como lo refiere el actor en la demanda. (f. 4 a 10, 11, 23, 48 y 49 archivo 03)

Adicionalmente, huelga mencionar frente al formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Adicionalmente, en el interrogatorio de parte practicado al demandante JOSÉ ISAAC URBANO RODRIGUEZ, indicó que su vinculación con COLFONDOS S.A. se dio el 1º de julio de 1997 cuando ingresó a laborar con un nuevo empleador, y que en ese lugar un asesor del fondo diligenció el formulario, sin brindarle información sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen; relató además que se afilió a ese fondo por ser política de la empresa frente a nuevos trabajadores.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con*

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, frente a COLPENSIONES se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los

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

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

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primer grado al declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar el numeral primero en el sentido de declarar que la ineficacia del traslado se produjo en junio de 1997, por las razones antes expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 26 de mayo de 2022, en el sentido de declarar que la ineficacia del traslado de régimen pensional se produjo en junio de 1997, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **16 2021 00211 01**
Demandante:	ADRIANA LUCIA OVIEDO GOMEZ
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLFONDOS S.A. a la abogada NEREIDIS SOLANO ARÉVALO, identificada con cédula de ciudadanía 1.045.431.277 y T.P. 290.550 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 14 de agosto del 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ADRIANA LUCIA OVIEDO GOMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la nulidad e ineficacia de la afiliación que realizó el 15 de junio de 1998 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y la posterior afiliación a COLFONDOS S.A. en noviembre de 1999, asimismo, se declare que se encuentra afiliada en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a los fondos privados convocados a juicio a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que obren en su cuenta individual de ahorro, como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, igualmente, se ordene a COLPENSIONES la reciba en el régimen de administra y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 9 de marzo de 1965 y realiza cotizaciones al sistema general de pensiones desde el 26 de febrero de 1986, en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el 9 de enero de 1986 y el 31 de agosto de 1995, y a partir del 15 de junio de 1998 en PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, calenda en la que se trasladó de régimen, sin que el asesor le informara los beneficios y consecuencias económicas del trasladarse, tampoco le explicó las características del RAIS, y menos aún le brindó información clara y precisa de las ventajas y desventajas del traslado.

Destaca que se afilió a COLFONDOS, el cual no informó los beneficios o desventajas de seguir en el RAIS. De la misma forma, sostiene que solicitó a PORVENIR S.A. copia del formulario de afiliación e información sobre la asesoría brindada al momento del traslado, sin que haya recibido información sobre el particular, asimismo, solicitó a COLPENSIONES y a COLFONDOS S.A. el traslado

de régimen, solicitud que fue negada por esas administradoras de pensiones. (folios 1 a 8 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que la actora está inmersa en la prohibición de traslado de régimen contemplada en la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo 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 innominada o genérica. (archivo 14).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que si brindo al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, de la misma forma la asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, por ende, no existen vicios del consentimiento como lo demuestra el formulario de afiliación.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (f. 1 a 13 archivo 20)

Por auto adiado el 24 de mayo de 2023 el Juzgado de origen dio por no contestada la demanda a la accionada PORVENIR S.A. (archivo 36)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de agosto de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara la demandante señora ADRIANA LUCIA OVIEDO GÓMEZ identificada con cedula de ciudadanía N° 63.317.961 que tuvo lugar el día quince (15) de junio 1998 por ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., motivado lo anterior en la omisión del deber de información.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES, incluyendo todos los montos correspondientes a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, cuotas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima y en general, todo valor que integraron las cotizaciones que fueron efectuadas en favor de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y con destino a COLPENSIONES.*
>
> *Condena que se hace extensiva a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. durante el tiempo en que estuvo afiliada la demandante ese fondo pensional y respecto a los valores de cotización que en su totalidad se hayan realizado y no hayan sido transferidos al fondo de pensiones posterior.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en el numeral que antecede y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, traduciendo en su historial de semanas de cotización aunadas a las que ha cotizado directamente en el régimen de prima media con prestación definida la totalidad de las semanas que registró en el régimen de ahorro individual con solidaridad.*
>
> *CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.*
>
> *QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a los fondos privados demandados, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo los montos de medio salario mínimo legal mensual vigente (1/2 SMLMV) a cargo de cada uno de los fondos privados de pensión demandados, y un cuarto de salario mínimo legal mensual vigente (1/4 SMLMV) a cargo de COLPENSIONES, como valor de las agencias en derecho."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* al auscultar si la AFP PORVENIR S.A. había cumplido con el deber de información que le asistía para la fecha de traslado de la demandante, hizo mención a los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, además indicó que existen unas reglas determinadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que han enfatizado que el deber de información siempre ha existido desde el nacimiento de los fondos, el cual está en cabeza de estos a efecto de que el potencial afiliado tenga conocimiento de las consecuencias que le conllevaría, que no es necesario tener derechos adquiridos o estar en régimen de transición, que la prescripción no opera en esta clase de procesos, que la suscripción del formulario no da cuenta del cumplimiento del deber de información, y los traslado horizontales no sanean dicha falta de información, además ha explicado las diferentes etapas de dicho deber de información.

Así, al examinar el acervo probatorio indicó que podía colegir que la actora estuvo afiliada al ISS y que se había traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y luego a COLFONDOS S.A.; sin que del interrogatorio o de las demás pruebas documentales se pudiera encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información por parte del fondo primigenio.

Por consiguiente, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de PORVENIR S.A., ordenando a COLFONDOS A trasladar todas las sumas recibidas como valor de cotizaciones, gastos de administración y en general todos los recursos que hubieran recibido por motivo de cotizaciones.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. en su alzada solicita se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones que se elevan en la demanda, dado que en el presente asunto lo que realmente reprocha la demandante son los actos de su empleador Banco Superior y no los de ninguna de las demandadas, máxime

cuando en el interrogatorio de parte sostuvo que al momento de su afiliación no estaba presente un asesor de los fondos privados demandados, en consecuencia, solicita se aplique la decisión que se dio en un caso similar en sentencia proferida el 31 de marzo de 2023 dentro del radicado 2020 00265 por el Magistrado Hugo Alexander Ríos Garay.

En ese orden de ideas, solicita que no se declare la ineficacia del traslado y tampoco se le condene a devolver los gastos de administración, junto con los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ya que tales descuentos está autorizados en los artículos 70, 77 y 104 de la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, además, la orden de devolver de forma indexada las sumas dispuestas en primera instancia es excesiva, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la condena emitida en su contra por costas procesales, ya que nada tuvo que ver en el acto de traslado de régimen de la demandante, pues para la fecha en que solicitó el retorno al régimen que administra, ya se encontraba incursa en la prohibición legal de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo que se acompasa con lo señalado en el artículo 48 de la Constitución Política, aclarando que las costas provienen de las cotizaciones de los afiliados.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el

cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la*

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso brilla por su usencia el formulario de afiliación a través del cual la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 15 de junio de 1998, y su posterior vinculación a COLFONDOS el 1º de diciembre de 1999, sin embargo, obra comunicación dirigida a la accionante por parte de PORVENIR el 14 de abril de 2021 en la que da cuenta de los anteriores situaciones. (f. 22 a 23 y 35 archivo 01)

No obstante, huelga mencionar que si en gracia de discusión se hubiesen aportado los formularios de afiliación, los cuales refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, MIGUEL JOSÉ GREGORY VILLEGAS CASTAÑEDA en calidad de representante legal de PORVENIR S.A., en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que los asesores de ese fondo se capacitan constantemente, por lo que

presume que se le brindó la debida asesoría a la gestora, ya que no cuenta con un documento diferente al formulario de afiliación que dé cuenta de ello ya que no era obligación, teniendo en cuenta las normas de la época en la que se afilió la actora.

Entre tanto, la demandante señora ADRIANA LUCIA OVIEDO GOMEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que no se encuentra pensionada y que en 1998 el área de Recursos Humanos era la encargada de llevar los asesores del fondo y firmaba para acreditar los requisitos para ser contratada, sin recibir asesoría de PORVENIR, refiriendo que su afiliación con COLFONDOS en 1999 se dio en similares circunstancias, que sabe de cuanto seria su mesada en COLFONDOS y en COLPENSIONES.

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

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora, y siendo prueba de ello que ni siquiera había un asesor de los fondos al momento del traslado de régimen inicial y del posterior traslado horizontal, lo que deja sin sustento el argumento del fondo privado en su alzada.

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los

gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

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

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

dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, se debe indicar que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio y a la que se le resuelva de forma desfavorable el recurso de apelación; luego, al haberse opuesto a las pretensiones de la demanda y resolverse de forma desfavorable la apelación que interpuso, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, expuso sobre el particular:

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

máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Así las cosas, es evidente que la decisión del Juez de instancia resulta acertada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de agosto de 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **17 2020 00430 01**
Demandantes:	JUAN MANUEL MOYA ROGRÍGUEZ
Demandados:	VIVEKA S.A.S. Y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las sociedades demandadas, VIVEKA S.A.S. y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S., en contra de la sentencia proferida 2 de mayo de 2023 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUAN MANUEL MOYA RODRÍGUEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de las sociedades VIVEKA S.A.S. y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S., a fin que se declare que con la primera de la sociedades citadas, existió como medio vinculante un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de mayo de 2017 y el 31 de agosto de 2019, desempeñándose inicialmente como Analista de Proyectos y posteriormente como Coordinador de Proyectos; siendo la segunda sociedad accionada solidariamente responsable de las acreencias laborales insolutas.

En consecuencia, pretende que se condene a las demandas al pago de la liquidación definitiva del contrato de trabajo por valor de $16.827.389, la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T. por concepto de indemnización moratoria, la segunda prima del año 2019 por valor de $583.333, la sanción por la no consignación del auxilio de cesantía en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refiere que la sociedad VIVEKA S.A.S., el 2 de noviembre del año 2017 adquirió por medio de compraventa la totalidad de las acciones de la compañía MCBAINS COOPER CONSULTING LIMITED, modificando su razón social a VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., y el 5 de diciembre de 2017 se registra ante la Cámara de Comercio de Bogotá, la

de situación de control existente entre las sociedades VIVEKA S.A.S. y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., las cuales explotan el mismo objeto social.

Relata que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad VIVEKA S.A.S, el 3 de mayo de 2017, a efectos de desempeñarse como Analista Financiero, devengando un salario promedio de $2.500.000; a partir del 1º de septiembre del año 2018 se desempeñó como Coordinador de Proyectos, con un salario de $3.500.000.

Que la relación laboral existente con las sociedades VIVEKA S.A.S y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S. finiquitó el día 31 de agosto del año 2019, y el 25 de febrero de 2020, la representante legal de la compañía VIVEKA S.A.S. presentó ante la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades una solicitud de admisión de reorganización, proceso que se admite mediante auto del 28 de mayo del año 2020.

Finalmente, que a la fecha ninguna de las entidades demandas le han cancelado la liquidación del contrato de trabajo, por cuanto el 29 de enero de 2020 los demandados solo realizaron un abono por valor de $1.800.534.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S., contestó la demanda señalando que el actor prestó servicios personales en beneficio exclusivo de la sociedad VIVEKA S.A.S. como analista financiero, y

no con la sociedad no de sociedad VIVEKA INTERNACIONAL S.A.S., en tanto el actor sustenta sus afirmaciones en el único hecho que ambas oficinas funcionaban en la carrera 11 No. 93ª-53 (oficina 502-501), edificio cuya destinación es la renta de oficinas. De tal manera, que no existe una unidad de empresa, ello en tanto las sociedades ostentan capital independiente, y si bien es cierto que su objeto social es similar, en la práctica los trabajadores de VIVEKA S.A.S prestan sus servicios solo a esa empresa.

Finalmente, que si bien es cierto se expidió un certificado laboral por parte de la sociedad VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., ello obedeció a un claro error formal, el cual no es suficiente para demostrar la subsidiaridad de las empresas.

Propuso y sustentó las exceciones de mérito de inexistencia de la relación contractual y del derecho alegada y cobro de lo no debido.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de mayo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JUAN MANUEL MOYA RODRÍGUEZ, identificado con la C.C. 1.019.059.172, como trabajador y la sociedad VIVEKA S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, como empleadora, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, que se mantuvo entre el 3 de mayo de 2017*

y el 31 de agosto de 2019, lo anterior según las consideraciones expuestas.

"SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la relación contractual y del derecho alegada y cobro de lo no debido propuestas por VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S., según las razones expuestas en precedencia.

"TERCERO: DECLARAR que las demandadas son solidariamente responsables del pago de las acreencias a favor del demandante señor MOYA RODRÍGUEZ, teniendo cuenta las consideraciones expuestas en precedencia.

"CUARTO: En consecuencia, CONDENAR a la demandada, VIVEKA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., HOY ESTRUKTURABLE S.A.S., a pagar a favor del demandante señor MOYA RODRÍGUEZ, los siguientes valores y por los conceptos que a continuación se indican: a) $8'014.017, por concepto saldo de auxilio de cesantías y sus intereses, primas de servicios y vacaciones causadas al momento de la terminación del contrato; b) $84'000.000, por indemnización moratoria causada entre el 1° de septiembre de 2019 y el 31 de agosto de 2021, y c) la suma de $69'803.203, por sanción por no consignación de cesantías a un fondo administrador, según las consideraciones expuestas en precedencia.

Para tal efecto refirió que VIVEKA S.A.S. no contestó la demanda, por lo cual se determinó que tal conducta se constituiría en indicio grave, y además el representante legal no compareció a absolver el interrogatorio de parte; así, se presume como cierta la existencia del contrato de trabajo, los cargos que desempeñó y los salarios, así como la falta de pago de acreencias laborales; hechos que, no obstante, también se corroboran con la documental aportada al plenario. De igual manera, presumió como cierto que el trabajador nunca

identificó diferencia alguna entre VIVEKA S.A.S. y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S.

De otra parte, que en el interrogatorio de parte de la representante legal de VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S., se señaló que en un principio solo existía una oficina, en la cual operaban dos equipos de trabajo, siendo el actor consultor de VIVEKA S.A.S.; así mismo, que se adquirió una empresa a la cual se le modificó la razón social; y que las sociedades tienen objetos sociales diversos, en tanto VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S. realizar consultorías en ingeniería y VIVEKA S.A.S. consultorías financieras, sin embargo, en ocasiones las dos sociedades firmaban contratos conjuntos o uniones temporales.

El testigo CARLOS GARCÍA, compañero de trabajo del actor, señaló que VIVEKA S.A.S. y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., eran la misma persona jurídica, y dependiendo del contrato o negocio, se presentaba una u otra sociedad, siendo los mismos socios quienes las conformaban.

Así mismo, la sociedad VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., asumiendo la carga probatoria de VIVEKA S.A.S, aportó la liquidación del contrato de trabajo, un pago parcial realizado, así como documentales atinentes al proceso de reorganización; de tal manera que concluyó que el contrato de trabajo existió con la sociedad VIVEKA S.A.S.

Determinado lo anterior, señaló que se realizó un pago parcial, y que se adeudaban al actor las acreencias laborales atinentes al auxilio de cesantías, intereses cesantías, prima de servicios del segundo semestre del año 2019, y compensación de vacaciones, lo cual arroja un total de $11.615.083, a lo cual se le debe imputar el pago parcial, para un total de $8.014.017. De igual manera, accedió a la indemnización moratoria y a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, en tanto no se acreditó un obrar de buena fe del empleador, más aún cuando la sociedad VIVEKA S.A.S guardó silencio frente a la demanda, siendo además el pago parcial insuficiente para absolver por esta condena.

Finalmente, señaló que la calidad de empleadora la ostentó VIVEKA S.A.S., la cual tiene el mismo objeto social de VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., además que VIVEKA S.A.S. es titular del 100% del capital suscrito y pagado de VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., ejerce influencia dominante en los órganos de administración y emite la mayoría de votos, por lo cual no cabe deuda de la situación de control, lo que conduce a declarar la solidaridad del artículo 34 del C.S.T., ello al haberse beneficiado las dos sociedades de los servicios del accionante.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Las demandadas actuando por conducto de común apoderada judicial, formularon recurso de apelación. Respecto de VIVEKA S.A.S., argumenta que no se acredita un actuar de mala fe a efectos de ser condenada al pago de la

indemnización moratoria y la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías; ello en tanto a lo largo de la relación laboral, la empresa intentó solucionar todas las acreencias laborales, las cuales no fueron pagadas por hechos ajenos a su voluntad, lo que se acredita con el proceso de reorganización, más aún cuando en vigencia del contrato si se pagaron los salarios y demás emolumentos.

Respecto de la sociedad VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S., refiere que no existe unidad empresarial. Ello en tanto en el proceso no se acreditó el predominio económico de ESTRUKTURABLE S.A.S. frente a VIVEKA S.A.S., siendo esta última la controlante; así mismo reitera que no es procedente estimar un actuar de mala fe, toda vez que VIVEKA S.A.S. trató de cumplir con sus obligaciones laborales. Solicita además se declare la inexistencia de la relación laboral con ESTRUKTURABLE S.A.S.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará (i) lo atinente a la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, así como (ii) la solidaridad respecto de la sociedad ESTRUKTURABLE S.A.S., antes VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S.

4.3 Contrato de trabajo:

Debe acotarse inicialmente, que no existe discusión frente a la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos laborales y el salario devengado, aspectos que además se desprenden del contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre el demandante JUAN MANUEL MOYA RODRÍGUEZ y la sociedad VIVEKA S.A.S. el 3 de mayo de 2017, mediante el cual fue vinculado para desempeñarse como Analista Financiero, devengando un salario de $2.500.000 (fls. 88 a 91 archivo digital 02DemandaAnexos.pdf); así mismo, reposa certificación de la referida sociedad, la que hace constar que el demandante laboró entre el 3 de mayo de 2017 y el 31 de agosto de 2019, siendo el último cargo desempeñado el del Coordinador (fl. 93), así como constancia del 23 de abril de 2019, que da cuenta que devengaba como Coordinador de Proyectos la suma de $3.500.000 (fl. 96).

Ahora bien, desde el escrito de demanda se solicitó de manera expresa que se declarara la existencia del contrato de trabajo siendo empleadora la sociedad VIVEKA S.A.S., arribando el *a-quo* a la misma conclusión, por lo que en la parte resolutiva de la sentencia declaró expresamente que *"entre el señor*

JUAN MANUEL MOYA RODRÍGUEZ, identificado con la C.C. 1.019.059.172, como trabajador y la sociedad VIVEKA S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, como empleadora, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, que se mantuvo entre el 3 de mayo de 2017", aspecto que no fue censurado por la parte demandante ni las demandadas.

De tal manera, que se mantendrá incólume la decisión atinente a que la empleadora del demandante fue la sociedad VIVEKA S.A.S.

4.4 Indemnización Moratoria y Sanción por la no Consignación del Auxilio de Cesantías:

Una vez determinado lo anterior, debe señalarse que la parte demandante sustentó la alzada en las condenas atinentes a la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de las cesantías, cuyos presupuestos normativos del C.S.T. y la Ley 50 de 1990, respectivamente, consagran:

> *"ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO:*
>
> *"1.- Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.*
>
> *"[…]*
>
> *"ARTÍCULO 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

> *"1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
>
> *"[…]*
>
> *"3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo".*

Según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de indemnización no es de aplicación automática, sino que su imposición opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, situación que implica a su vez que cada caso deba analizarse en forma particular; sentencias SL3356-2022, Radicación No. 91692 del 16 de agosto de 2022, SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, SL5040-2019, Radicación No. 70909 del 6 de diciembre de 2019, entre otras.

Ahora bien, se aduce en la alzada que no se acreditó un actuar de mala fe patronal, ello por cuanto en vigencia de la relación laboral la empresa intentó solucionar todas las acreencias laborales, las cuales no fueron pagadas por hechos ajenos a su voluntad, lo que se acredita con el proceso de reorganización.

Sobre el particular, tal como lo asentó el fallador de instancia, palmario resulta que el alegarse un déficit financiero por parte del empleador no constituye *per se* la buena fe a su favor. Para lo pertinente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3159-2019, Radicación No. 62666 del 6 de agosto de 2019, sostuvo:

> *"En el caso debatido surge que los argumentos que destacó el ad quem para no imponer la sanción moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual, por virtud de lo convenido con sus trabajadoras, aquí recurrentes, estaba obligada a cumplir con lo pactado y, en todo caso, a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para ellas, a quienes no les puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello, menos cuando el artículo 28 del CST impone que «[…] el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas», de forma que, siendo lo único que predicó para exonerarse de la sanción, no resulta atendible desde la órbita del derecho del trabajo, tal como por demás, ya se ha dicho por esta corte en la sentencia CSJ SL912-2013."*

Por tal razón, claro es que dentro del plenario además de alegarse una crisis económica como motivo de la falta de pago de los derechos laborales del demandante, no existe prueba adicional que enrostre alguna conducta justificativa en favor del empleador para que se le deje de imponer este tipo de sanciones, más aún cuando era consciente de las sumas adeudadas al trabajador en tanto se realiza una liquidación definitiva, las cuales además solucionó parcialmente con posterioridad a la terminación del contrato de

trabajo, mediante dos pagos de $.1.800.000, suma que en todo caso no se compadece con los emolumentos adeudados.

Debe referirse además, que tal como se advierte del auto proferido por la Superintendencia de Sociedades el 28 de mayo de 2020, la solicitud de reorganización empresarial en los términos de la Ley 1116 de 2006, solo fue presentada hasta el 28 de febrero de 2020 mediante memorial 2020-01-87813 (fl. 31 archivo digital 05ContestaciónDemandaViveka.pdf), cuando habían trascurrido 5 meses y 26 días desde que había finiquitado el contrato de trabajo, lo cual en manera alguna denota un obrar diligente y de buena fe para la fecha de terminación del contrato de trabajo, y mucho menos para cuando omitió realizar la consignación de las cesantía, que tal como se expuso con anterioridad, debía verificarse antes del 15 de febrero del año siguiente, esto es, de los años 2018 y 2019, en la cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija.

Debe acotarse que si bien se tuvo como indicio grave en contra de VIVEKA S.A.S. el no contestar la demanda en auto del 17 de septiembre de 2021 (fls. 1 Y 2 archivo digital 06AutoTieneContestada.pdf), lo cierto es que la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de las cesantías, no se fundamentó exclusivamente en dicha conducta procesal, sino en el hecho de no haberse acreditado por pasiva un actuar de buena; y, por el contrario, extraerse del análisis del acervo probatorio que la sociedad no solucionó las prestaciones sociales ni consignó el auxilio de cesantías, y

además, que la alegada crisis financiera no se considera un argumento válido para exonerarse de dichas condenas.

De tal manera, que estima la Sala le asistió razón a la *a-quo* al emitir condena por concepto de indemnización moratoria y sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, en tanto no es dable que el trabajador soporte las eventualidades económicas de la empresa.

4.5 Solidaridad de VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S.:

En lo atinente a la solidaridad, se tiene que la parte demandante la sustenta en el escrito de demanda en que la sociedad VIVEKA S.A.S adquirió por medio de compraventa la totalidad de las acciones de la compañía MCBAINS COOPER CONSULTING LIMITED, cuya razón social cambió a VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., y actualmente es ESTRUKTURABLE S.A.S.; así como que existe una situación de control entre las sociedades VIVEKA S.A.S. y la entonces sociedad VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., lo cual incluso se registró en la Cámara de Comercio.

Así mismo la sustenta en que ambas sociedades tienen similar objeto social, los mismos socios y que el actor "*trabajó para los señores Mateo de los Ríos Vélez y Natalia Arias Echeverry, en el transcurso de su desarrollo laboral nunca observó que existiera una diferencia entre las sociedades jurídicas VIVEKA S.A.S. y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S.".*

Así las cosas, debe advertirse en primera medida que no es dable deprender la solidaridad deprecada de la aparente condición de empleadora de la sociedad VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., ello en tanto, desde las pretensiones de la demanda se esgrimió que el contrato de trabajo se suscribió con la sociedad VIVEKA S.A.S., aunado a ello que así fue declarado de manera expresa en la sentencia de primera instancia, aspecto que no fue objeto de censura.

En ese orden de ideas, para efectos de la procedencia de la solidaridad, deben acreditarse los presupuestos del artículo 34 del C.S.T., que señala:

> *"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.*
>
> *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*
>
> *"2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus*

trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

De tal manera, que para efectos de emitir la condena solidaria en contra de VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S., se debe demostrar que dicha empresa celebró negocios jurídicos con VIVEKA S.A.S., empleadora del actor, y que además se beneficiaba de las labores que el actor ejecutaba en virtud del contrato de trabajo, así como que las actividades no sean ajenas al objeto social de la sociedad.

Al respecto, debe señalarse inicialmente que no es dable extraer tal supuesto de hecho en virtud de la sanción de tener como indicio grave por la no contestación de la demanda ni por la presunción de veracidad que operó en contra de VIVEKA S.A.S. por no comparecer su representante legal a absolver el interrogatorio de parte; ello en tanto el hecho que sirve de supuesto a la solidaridad se predica de la sociedad VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., la que sí contestó la demanda, y alegó que el accionante no prestó servicios en su beneficio.

Ahora bien, determinado lo anterior se tiene que la representante legal de VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S., señora MARÍA VICTORIA LEÓN, señaló de manera expresa que VIVEKA S.A.S. y VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., funcionaban en la misma oficina, de tal manera que el equipo de VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S. operaba en el lado izquierdo y VIVEKA S.A.S. en el ala derecha, refiriendo que en dicho grupo de trabajo

existía un conjunto de Consultores, entre ellos el actor y el testigo CARLOS HERNÁN GARCÍA ARANGO.

De igual manera mencionó que VIVEKA S.A.S. tiene por objeto social realizar consultorías financieras, y ESTRUKTURABLE S.A.S. consultoría en ingeniería y servicios de proyecto de infraestructura, y eventualmente en interventoría. Así mismo, debe acotar la Sala que confesó que en vigencia del contrato de trabajo del actor con VIVEKA S.A.S., "*ESTRUKTURABLE y VIVEKA S.A.S. firmaban un estilo de convenios entendidos como uniones temporales para ejecutar de manera conjunta, según una distribución de funciones específica, contratos con el Estado; posteriormente tal vez a la fecha que usted me menciona, se pudo haber firmado un contrato con VIVEKA S.A.S. para la ejecución o apoyo en unos propósitos especiales en un contrato con la Secretaría de Turismo de Bogotá".*

Al unísono, el testigo CARLOS HERNAN GARCÍA ARANGO, refirió haber laborado para VIVEKA S.A.S. desde enero de 2018 hasta enero de 2019; señaló además que las dos sociedades se dedican a la consultoría de proyectos de ingeniería y en aspectos financieros, las que de manera conjunta desarrollaban diversos proyectos con entidades del Orden Nacional; manifestó que laboraban en la misma oficina y que existían grupos de dirección y la denominada en técnica de proyectos, a quienes se le asignaban coordinadores y analistas, existiendo además un departamento jurídico y otro de talento humano. Señaló haber fungido como Director de Proyectos en diversos contratos con entidades públicas, laborando para VIVEKA S.A.S., sin

embargo, esa sociedad adquirió otra empresa y se generó otra filial o compañía, a efectos de tener una mayor participación, aseverando que no existía una división entre las empresas, y las funciones se desempeñaban en beneficio de las dos sociedades, las cuales funcionaban con el mismo personal.

De otra parte, del certificado de existencia y representación legal de VIVEKA INTERNATIONAL S.A.S., se establece respecto de su objeto social (fl. 144 archivo digital 02DemandaAnexos.pdf):

> *"OBJETO SOCIAL:* ***La sociedad tendrá como objeto prestar servicios de asesoría, consultoría y estructuración financiera****, técnica y legal de proyectos, valoración de empresas, valoración y estructuración de proyectos de inversión, consecución de líneas de crédito, consecución de inversionistas de capital privado, estructuración de mecanismos de inversión, asesoramiento, orientación y asistencia operativa de las empresas, asesoramiento en las actividades relacionadas con la planificación, organización, funcionamiento, eficiencia y control e información administrativa, brindar cursos de capacitación y entrenamiento profesional, entre otras […]".*

Y el objeto social de VIVEKA S.A.S., según el certificado de existencia y representación legal, atañe a (fl. 151 archivo digital 02DemandaAnexos.pdf):

> *"OBJETO SOCIAL:* ***La sociedad tendrá como objeto prestar servicios de asesoría, consultoría y estructuración financiera****, técnica y legal de proyectos, valoración de empresas, valoración y estructuración de proyectos de inversión, consecución de líneas de crédito, consecución de inversionistas de capital privado, estructuración de mecanismos de inversión, asesoramiento, orientación y asistencia operativa de las*

> *empresas, asesoramiento en las actividades relacionadas con la planificación, organización, funcionamiento, eficiencia y control e información administrativa, brindar cursos de capacitación y entrenamiento profesional, entre otras".*

En ese orden de ideas, estima la Sala que le asistió razón al *a-quo* al emitir una condena solidaria, ello en tanto, se acreditó por la confesión de la representante legal y de la prueba testimonial, que las sociedades explotaban de manera conjunta su objeto social, el cual como viene de verse es el mismo, beneficiándose así las dos sociedades de los convenios o uniones temporales que se confesó explotaron en vigencia del contrato de trabajo.

De tal manera, que se cumplen a cabalidad los presupuestos del artículo 34 del C.S.T., sin que sea dable revocar la condena estimando la absoluta independencia de las actividades empresariales alegada por pasiva, hecho que no solo no fue acreditado, sino que por el contrario se confesó que explotaban conjuntamente el mismo objeto social en materia de contratación estatal, lo cual corroboró el testigo CARLOS HERNÁN GARCÍA ARANGO.

En lo atinente a la unidad de empresa la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL559-2023, Radicación No. 64496 del 6 de marzo de 2023, señaló:

> *"Así por ejemplo, frente a la existencia de grupos empresariales, en aplicación de los artículos 194 del CST, subrogado por el 32 de la Ley 50 de 1990; 260 del CCo y los 26 y 28 de la Ley 222 de 1995, la Corte en la sentencia CSJ SL6228-2016, recordó que aquella figura del derecho comercial impacta el laboral cuando, por ejemplo,* ***se acredita la***

existencia de un predominio económico y el cumplimiento de actividades similares, conexas o complementarias entre la matriz y la subordinada, caso en el cual, es posible declarar la unidad de empresa, para hacer derivar responsabilidad laboral de las personas jurídicas implicadas, sin que ello signifique que éstas pierdan autonomía*.*

"Por tanto, cuando se alega una situación de control y un predominio económico de una matriz respecto de su filial o subsidiaria, además de examinarse la configuración de ese elemento societario, ***debe demostrarse que ambos entes ficticios cumplen actividades similares, conexas o complementarias (artículo 194 del CST), pues son estos los requisitos jurídico laborales, a partir de los cuales, aquella debe responder por las obligaciones patronales de las últimas*** *CSJ SL, 23 ag. 2006, rad. 27038, como si se trataran de un solo empresario - lo cual tampoco está demostrado en el proceso -.*

"[…]

"Tal conclusión, porque la situación de control regulada por la legislación comercial, en punto de los derechos laborales que no genere unidad de empresa, no podría escapar a la esencia protectora del derecho laboral y de seguridad social, en tanto que, respetando la facultad constitucional de libertad de empresa, como la posibilidad de gestionar su propio proceso productivo, ***ello no puede significar la creación de diferentes personas jurídicas para ocultar o simular la verdadera realidad económica o subordinada, en detrimento del trabajador****.*

En el presente evento se acreditó que las dos sociedades explotaban el mismo objeto social, confesandose por pasiva y corrobrándose con la prueba testimonal, que se beneficiaban de la ejecución de los mismos proyectos, e incluso se relató por la representante legal que a fin de participar de licitaciones o ejecutar contratos estatales, suscribián las dos compañías

convenios o uniones temporales, sin que se haya advertido diferencia alguna para efectos de explotar su objeto social, aunado a ello que se acreditó que VIVEKA S.A.S. el 5 de diciemrbe de 2017, solicitó ante la Cámara de Comercio la inscripción de la situación de control "*existente entre las sociedades Viveka Colombia S.A.S. y Viveka Interntational S.A.S.*", lo cual corrobora que la sociedad VIVEKA INTERNATIONA S.A.S., hoy ESTRUKTURABLE S.A.S., se benefició de los servicios del actor, además que suscribía convenios con VIVEKA S.A.S. para ejecutar los proyectos en que prestaba el servicio el actor, y se estableció que explotaban de manera conjunta el mismo objeto social, lo cual corrobora la aplicación de la solidaridad contemplada en el artículo 34 del C.S.T.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las agencias en derecho se fijan en la suma de $500.000**.**

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de mayo de 2023 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las agencias en derecho se fijan en la suma de $500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **20 2019 00729 01**
Demandante:	SANDRA BERTOLDI BECERRA
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 29 de febrero de 2024 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA BERTOLDI BECERRA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 17 de febrero de 1998 a

través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., asimismo se declare que está válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a liberarlo de sus base de datos y a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que reposen en su cuenta individual de ahorro, por concepto de aportes y rendimientos. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES reciba tales rubros y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 12 de noviembre de 1961 y se afilió en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por ISS hoy COLPENSIONES el 26 de octubre de 1994 en donde permaneció hasta el 13 de octubre de 1997, en donde alcanzó un cúmulo de 150 semanas; además expone que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en febrero de 1998 por medio de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., administradora de pensiones en la cual realiza aportes en la actualidad.

Destaca que el asesor del fondo privado no le brindó al momento del traslado de régimen una asesoría clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional en especial el monto de su mesada pensional y las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen, y los pormenores del RAIS. Igualmente, señala que según proyección su mesada en ambos regímenes se evidencia que le seria más favorable en el RPMPD; por tanto, indica que solicitó a PORVENIR S.A. la rescisión de su afiliación a ese fondo y la devolución de sus aportes a COLPENSIONES, entidad a la cual le solicitó la afiliara de nuevo en ese régimen, pedimentos que fueron negados por las encartadas. Finalmente, sostiene que a la presentación de la demanda cuenta con 876 semanas. (f. 4 a 12 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le haya hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como tampoco se evidencia inconformidad alguna por parte de la actora, al contrario, de las documentales obrantes en el plenario se advierte que se encuentran sujetas a derecho, sin que de las mismas se desprenda constreñimiento alguno. De otra parte, adujo que la gestora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está inmerso en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como medios exceptivos los que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 69 a 104 archivo 01).

Por auto, adiado el 27 de febrero de 2023 el Juzgado de origen tuvo por no contestada la demanda a PORVENIR S.A. (archivo 09)

En audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., llevada a cabo el 25 de abril de 2023, se dispuso, integrar como litisconsorte necesaria a COLFONDOS S.A. (archivo 10)

COLFONDOS S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, indicando que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además, la asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las

diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, e inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisiones y seguros previsionales. (f. 3 a 18 archivo 13)

Luego de vinculado el contradictorio en su integridad con COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., esta última llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y SEGUROS BOLIVAR S.A. (f. 176 a 181 y 385 a 390 archivo 13).

COLFONDOS S.A. sustenta su llamamiento a MAPFRE S.A. y SEGUROS BOLIVAR S.A., exponiendo en síntesis que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, suscribió con las mencionadas aseguradoras contratos de seguro previsionales para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivientes de sus afiliados a su Fondo de Pensiones Obligatorias, entre los que se encuentra la demandante, y que tales pólizas fueron sufragadas con los dineros que cotizó la actora, los cuales no se encuentran en su poder, lo que hace viable el llamamiento ya que en caso de que se condene a devolver los aportes de la demandante a COLPENSIONES, los rubros establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, deben ser sufragados por estas aseguradoras en lo referente al seguro previsional.

SEGUROS BOLIVAR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda principal, aduciendo que no le asiste el derecho invocado por la actora y no es posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó.

Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva – Colfondos S.A. no participó en el traslado de régimen pensional de la demandante y tampoco es la AFP a la cual se encuentra actualmente afiliada, imposibilidad del retorno de la demandante al Régimen de Prima Media por cuanto se encuentra inhabilitada legalmente – inexistencia de obligación, pago y compensación, prescripción de los eventuales derechos o acciones en cabeza de la parte demandante, buena fe y la genérica.

En cuanto a la pretensiones del llamamiento se opuso, indicando que no existe cobertura del seguro previsional respecto a las eventuales condenas que se puedan endilgar a la AFP demandada por cuanto este solo cubre única y exclusivamente los riesgos de invalidez y muerte de sus afiliados; y, además, las primas de los seguros previsionales fueron devengadas de forma definitiva por el asegurador, en los términos de ley, sin que exista posibilidad de devolver dichos conceptos al Fondo; motivos de sobra para declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de mi mandante y en consecuencia la declaración de su desvinculación.

Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Compañía de Seguros Bolívar S.A. - mi mandante no participó en el traslado de régimen pensional de la demandante, así como tampoco el seguro previsional puede ser afectado por una eventual declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante – inexistencia de obligación, ausencia de cobertura por parte de las pólizas de seguro previsional base del llamamiento en garantía – las pólizas de seguro previsional no brindan cobertura para una posible devolución por concepto de gastos previsionales en cabeza de Colfondos S.A. como fondo de pensiones de la demandante, inexistencia de obligación a cargo de Compañía de Seguros Bolívar S.A. - las primas de seguro previsional pagadas por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, fueron devengadas de forma definitiva en proporción al tiempo corrido del riesgo y asumido por mi mandante y la genérica. (archivo 21)

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó la demanda indicando que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones de la demanda, refiriendo que la demandante tomo la decisión libre y voluntaria de trasladarse, por lo que el acto de traslado fue eficaz. No formuló excepciones frente a la demanda principal.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, indicando que las pretensiones de la demanda principal no tienen identidad con el objeto del seguro contratado.

Como excepciones de mérito formuló las que nombró como el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto la AFP COLFONDOS S.A. carece de amparo o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP COLFONDOS S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE no se encuentra obligada a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (archivo 22)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de febrero de 2024, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora SANDRA BERTOLDI BECERRA a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 17 febrero del año 1998, y su posterior*

traslado horizontal a COLFONDOS SAS., el día 19 de febrero de 2002, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS SAS., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada SANDRA BERTOLDI BECERRA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las llamadas en garantías ASEGURADORA COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, conforme lo considerado en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A., COLFONDOS SA., y COLPENSIONES, a favor de la actora. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente tres (3) SMMLV, a cuota parte.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A., y a favor de llamadas en garantía ASEGURADORA COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente dos (02) SMMLV, pagaderas a cuota parte, es decir un smmlv a cargo de cada una.

SÉPTIMO: Remitir el Expediente al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, para efectos que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, en el evento de no ser apelada esta decisión, contrario sensu, para que su resuelva la apelación respectiva."

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia estimó que según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se cumple el presupuesto de la información, lo que procede es la ineficacia del traslado y no la nulidad del traslado, ello en consonancia con lo establecido en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, precisó que es a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. al tenor del artículo 167 del C.G.P., a quien le corresponde probar el haber suministrado a la demandante una debida información respecto de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, situación que no logró probar dentro del plenario, lo cual no

se demuestra con la simple suscripción del formulario, aunado a que del interrogatorio de parte no se extrae confesión sobre el suministro de la debida información, por lo que declaró la ineficacia del traslado, debiendo COLFONDOS retornar los aportes, los rendimientos y los bonos pensionales si los hubiere al Régimen de Prima Media por ser el actual administrador de los aportes a pensión de la gestora.

En cuanto a los gastos de administración, aportes al fondo de pensión mínima y seguros previsionales dijo que no emitiría condena al respecto, en tanto, pertenecen al fondo que los haya administrado y son de creación legal y la actora estuvo cubierta frente a las contingencias de invalidez y muerte durante su afiliación a los fondos privados. En cuanto a los llamamientos en garantía dijo que el objeto de la litis no guarda consonancia con lo pretendido en el llamamiento y además no fueron solicitados los gastos de administración.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. la apeló. Refiere en la alzada la demandante tuvo una vinculación con ese fondo el año 2005, acto del cual era consciente la gestora, quien además para esa época ya era abogada, argumento suficiente para conocer la decisión que estaba tomando, sus implicaciones y las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 371 de la ley 100 de 1993, de lo cual da cuenta el formulario de la afiliación el cual suscribió de forma libre, consciente y voluntaria.

De otro lado, solicito se mantenga la absolución frente a los gastos de administración; además solicita se revoque la condena en costas pues su actuar siempre estuvo cobijada por el principio de la buena fe.

COLPENSIONES en la apelación, solicita se revoque la condena en costas dado que para el momento en que la actora solicitó su afiliación a esa administradora, ya estaba incursa en la prohibición legal de traslado dispuesta

la Ley 797 de 2003, por lo que su actuar estuvo ajustado a derecho. A su vez, abandonó de forma consciente y libre el ISS y permaneció más 22 años en el RAIS, demostrando así su ánimo de permanecer en esa entidad, por lo que no se cumplen los presupuestos para que sea concedida la ineficacia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso,

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente

a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

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

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de*

pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 17 de febrero de 1998. Ahora bien, advierte la Sala frente a otros traslados horizontales de la gestora una evidente orfandad probatoria de parte de los fondos privados convocados a juicio, sin embargo, del reporte de semanas que se allega con la demanda y que fuera expedido por PORVENIR S.A., se observa que la gestora se trasladó posteriormente a COLFONDOS en 2005 y luego

regresó a PORVENIR S.A. hacia 2009, siendo ese fondo al parecer su actual administradora de pensiones. (f. 30 a 43 y 45 archivo 01)

Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Igualmente, la demandante SANDRA BERTOLDI BECERRA en el interrogatorio de parte refirió que a su lugar de trabajo arribó un asesor de la AFP quien le mencionó que el ISS desaparecería al igual que CAJANAL, por lo cual le convenía afiliarse al fondo privado y bajo esos argumentos suscribió el formulario de traslado.

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

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

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

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

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con

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

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

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

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las

partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presentan las recurrentes respecto a la condena en costas de primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esas encartadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fueron vencidas en juicio. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Así las cosas, es diáfano que el Juez de instancia no erró en su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó; sin embargo, considera la Sala necesario modificar y adicional parcialmente la sentencia de primer grado, en tanto como ya se explicó, se observa del reporte de semanas que se aporta con la demanda y que fuera expedido el 20 de septiembre de 2019 por PORVENIR S.A., que la promotora se trasladó de régimen en inicio a través en febrero de 1998 a COLPATRIA y posteriormente se afilió a COLFONDOS en diciembre de 2005 en donde permaneció por lo menos hasta septiembre de 2009 y luego regresó a PORVENIR S.A. en donde reporta cotizaciones hasta julio de 2019, entendiendo que este es el último fondo en el cual se encuentra afiliada y no COLFONDOS como lo concluyó el *a quo*. (f. 30 a 43 y 45 archivo 01)

En virtud de lo anterior, se adicionar adicionará el numeral primero de la sentencia de primer grado, en sentido de precisar que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, también resulta ineficaz la última vinculación con PORVENIR S.A.

Igualmente, se modificará y adicionará el numeral tercero de la sentencia de instancia, que ordenó a COLFONDOS SAS., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada SANDRA BERTOLDI BECERRA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

Para en su lugar, condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que obren en la cuenta individual de ahorro de la demandante, tales como cotizaciones, junto con sus rendimientos y bonos pensionales, igualmente, debe devolver lo concerniente a gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de

garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado, según la reiterada jurisprudencia y por estudiarse el asunto en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Igualmente, se condena a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo que estuvo afiliada la demandante a ese fondo, al ser consecuencia de la ineficacia del traslado como ya se indicó en precedencia. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 29 de febrero de 2024 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentido de precisar que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, también resulta ineficaz la última vinculación con PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR y ADICIONAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia de primera instancia que ordenó a COLFONDOS SAS. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada SANDRA BERTOLDI BECERRA, junto con los

rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

Para en su lugar, condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que obren en la cuenta individual de ahorro de la demandante, tales como cotizaciones, junto con sus rendimientos y bonos pensionales, igualmente, debe devolver lo concerniente a gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por todo el tiempo que la actora estuvo afiliada a ese fondo y a COLPATRIA.

Igualmente, se condena a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo que estuvo afiliada la demandante a ese fondo, por lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 21 2021 00248 01**
Demandante:	DIEGO RAMOS BELTRÁN
Demandado:	COLFONDOS S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLFONDOS S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. en contra de la sentencia proferida el 14 de junio de 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor DIEGO RAMOS BELTRÁN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A. y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., a fin de declararse que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 14 de julio de 2016, fecha en la que se estructuró la pérdida de capacidad laboral.

Como consecuencia de lo anterior, pretende se condene a las demandadas a pagar el retroactivo de su pensión de invalidez desde el 14 de julio de 2016 de

forma indexada, más las costas y agencias en derecho y lo que resulte probado en uso de sus facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 12 de diciembre de 1993 y que de acuerdo con el dictamen No. 600017846-398 de 9 de mayo de 2018 emitido por la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 71,85% por los diagnósticos de *artritis no especificada, artropatía gotosa, gota tofasea e insuficiencia renal crónica* de origen común y fecha de estructuración de 14 de julio de 2016.

De otra parte, refiere que a la fecha de radicación de la demanda cuenta con más de 248 semanas cotizadas y que el proceso de rehabilitación concluyó con un concepto desfavorable para rehabilitación, dado que a razón de la complejidad de las patologías que padece, presenta poca o ninguna respuesta al tratamiento, es decir, ninguna probabilidad de recuperación de acuerdo al comunicado del 1º de julio de 2020 emitido por la EPS SANITAS.

En vista de lo anterior, con radicado No. 70073-09-20 solicitó a COLFONDOS S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, ante lo cual esa encartada el 2 de septiembre de 2020 negó el reconocimiento de la prestación en tanto no contaba con cincuenta (50) semanas cotizadas en los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; peticiones que reiteró al fondo privado el 10 y el 30 de septiembre de 2020, el cual nuevamente en respuestas adiadas el 18 de septiembre y el 13 de octubre de 2020 negó la pensión aduciendo bajo los mismos argumento, y agregando que procedería con la devolución de saldos, dineros que informó al fondo no aceptaría el 30 de septiembre de 2020.

De la misma forma, refiere que el 13 de octubre de 2020 le fue remitida la solicitud a la aseguradora COMPAÑÍA SEGUROS BOLIVAR S.A., la cual el 18 de enero de 2021 negó la pensión de invalidez por no acreditar cincuenta (50)

semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y, además no existía orden de tutela que les permitiera reconsiderar su posición; decisión que reiteró el 17 de diciembre de 2020.

En otro giro, relata que el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá a través de sentencia de tutela proferida el 4 de febrero de 2021 dentro del radicado No. 11001 41 05 011 2021 amparó sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital, en consecuencia, ordenó de manera transitoria a COLFONDOS S.A. y a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. reconocieran y pagaran la pensión de invalidez, la cual debía ser liquidada de conformidad con lo normado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993. A su vez, se le indicó que contaba con un término de cuatro (4) meses para acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral, so pena de que cesaran los efectos de dicha orden; decisión que fue confirmada por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia adiada el 9 de marzo de 2021. Finalmente, menciona que las demandadas han dilatado el pago junto con su retroactivo, continuando con la vulneración de los derechos fundamentales ya amparados por el Juez de tutela. (f. 4 a 10 archivo 01 y archivo 04)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SEGUROS BOLÍVAR S.A. contestó la demanda oponiéndose a la mismas, indicando que el demandante no cumple con el requisito de semanas para acceder a la pensión de invalidez establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2001, esto es, haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de dicha invalidez; además nunca recurrió el dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 600017846-398, por ende, se encuentra en firme. De otra parte, refiere que interviene en el presente proceso en calidad de aseguradora previsional, por lo que no es posible condenarla a un eventual y equivocado pago de una

pensión de invalidez, sino únicamente al pago de la suma adicional requerida para financiar la misma.

Formuló los medios exceptivos de mérito los de falta de cumplimiento de requisitos de densidad para acceder a la pensión de Invalidez, firmeza de la fecha de estructuración establecida en el dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 600017846-398 proferido por COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., límite de responsabilidad y cumplimiento de la cobertura de la póliza previsional, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción. (archivo 11)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que de acuerdo con la fecha de estructuración de la invalidez determinada el 14 de julio de 2016 en el dictamen emitido por SEGUROS BOLÍVAR S.A., entidad autorizada para tal fin, y según la historia laboral del demandante, se evidencia que no acredita las 50 semanas dentro de los años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración, dado que entre el 14 de julio de 2013 y el 14 de julio de 2016, el demandante solamente cotizó 18,57 semanas, de ahí que no cumple los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, falta de causa en las pretensiones de la demanda y falta de acreditación de los requisitos legales para reconocer la pensión de invalidez, *accesorium non ducit, sed sequitur suum principalei,* compensación y pago, buena fe de la entidad, la innominada o genérica. (f. 5 a 18 archivo 15)

Por auto de 14 de julio de 2022 el Juzgado de origen tuvo por contestada la demanda por parte de la accionadas y aceptó el llamamiento en garantía que efectuó COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en contra de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. (archivo 17)

En virtud de lo anterior, la llamada en garantía COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. contestó indicando que debían negarse las pretensiones de la demanda, como quiera que el actor no cumplía con el requisito establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la ley 860 de 2001, referente a haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años, inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de dicha invalidez.

Como excepciones propuso las de falta de cumplimiento de requisito de densidad para acceder a la pensión de invalidez, validez y firmeza de la fecha de estructuración establecida en el dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 600017846-398 proferido por COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., límite de responsabilidad y cumplimiento de la cobertura de la póliza previsional, compensación y prescripción. (archivo 20)

1.4 DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS presentó de demanda de reconvención en contra del señor DIEGO RAMOS BELTRÁN a fin que se declare que no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez que solicita a esa administradora, en tanto no acredita los requisitos estipulados en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, pretende se condene al demandado en reconvención a reintegrar a COLFONDOS S.A. las sumas de dinero que le ha venido pagando por concepto de pensión de invalidez la cual fue ordenada de forma transitoria mediante fallo de tutela, reintegro que deberá ordenarse desde la fecha de reconocimiento del derecho y de manera indexadas. Igualmente, pretende se condene al demandado pago de costas y agencias en derecho.

1.4.1 SUPUESTO FÁCTICO:

En sustento de sus aspiraciones, refirió que el señor DIEGO RAMOS BELTRÁN solicitó ante esa administradora de pensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual negó en tanto no cumple con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la prestación, ya que no acredita la densidad de semanas requeridas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así las cosas, mediante comunicado fechado el 18 de septiembre de 2020 con radicado No. 701073-09-20, objetó la reclamación pensional y le aprobó la devolución de saldos; sin embargo, pese a no cumplir con los requisitos de ley para acceder a la pensión de invalidez, mediante sentencia de tutela se ordenó el reconocimiento y pago de dicha prestación de forma transitoria, la cual reconoció a través de comunicación adiada el 21 de junio de 2021.

Visto lo anterior, y ya que el demandado en reconvención no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama en la demanda principal, debe ser condenado a reintegrar a COLFONDOS S.A. la totalidad de las sumas de dinero que le ha pagado por concepto de mesadas pensionales desde la fecha del reconocimiento del derecho, las cuales debe retornar de debidamente indexadas. (archivo 01 carpeta C02DemandaReconvencion)

Mediante proveído de 14 de julio de 2022, el Juzgado de primera instancia admitió la demanda de reconvención y ordeno notificar y correr traslado de la misma al extremo pasivo. (archivo 02 carpeta C02DemandaReconvencion)

1.4.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

El señor DIEGO RAMOS BELTRÁN se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención, arguyendo que las mismas no tienen sustento fáctico y jurídico, ya que la fuente de las obligaciones a cargo de la activa, tienen sustento en decisiones judiciales debidamente ejecutoriadas, proferidas en primera instancia por el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales en decisión emitida dentro del trámite de tutela radicado con el No.

2021 – 00025 00, en el que ordenó de a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS pagar transitoriamente la pensión de invalidez.

Como excepciones formuló las de buena fe y la genérica. (archivo 04 carpeta C02DemandaReconvencion)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida 14 de junio de 2023, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 1° de agosto de 2020, día siguiente a la última cotización que realizó; en consecuencia, condenó a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar a su favor la prestación pensional a partir de esa calenda en cuantía inicial de $877.802 a razón de 13 mesadas al año, la cual debe ser objeto de los reajustes de ley. Igualmente, condenó a ese fondo a pagar al actor la suma de $6.175.344 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1° de agosto de 2020 y el 31 de enero de 2021 debidamente indexado al momento del pago.

De la misma forma, condenó a la llamada en garantía SEGUROS BOLÍVAR S.A. a cubrir la suma adicional, si la hubiere que, agregada a la acumulada en la cuenta de ahorro individual por aportes obligatorios, más los rendimientos y bonos pensionales que llegaren a existir del actor, completen el capital necesario para pagar la pensión de invalidez. Absolvió a SEGUROS BOLIVAR S.A., como directa demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y de las demás pretensiones elevadas en el llamamiento en garantía. Asimismo, absolvió a DIEGO RAMOS BELTRÁN de todas las pretensiones elevadas en su contra en la demanda de reconvención, declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva que propuso la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., como directa demandada y la de buena fe planteada por el demandado en reconvención. Finalmente, condenó en costas a COLFONDOS S.A. y a la llamada en garantía COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* que estaba acreditado en el plenario que al demandante le había sido reconocida pensión de invalidez en cumplimiento a fallo de tutela emitido el 4 de febrero de 2021 por el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá en el trámite radicado con el No. 2021-00025-00, en el que se ordenó de manera transitoria a las accionadas reconocieran y pagaran la citada prestación, decisión que fue confirmada por el Superior, adicionalmente, se indicó al promotor que debía acudir ante el Juez Laboral dentro de los cuatro (4) meses siguientes a esa decisión, so pena de cesar los efectos de dicha orden.

A continuación, destacó que no era objeto de discusión que a razón de los diagnósticos de *hiperuricemia sin signos de artritis inflamatoria y enfermedad tofacea* e *insuficiencia renal crónica no especificada* el gestor había sido calificado con una PCL del 71,85%, con fecha de estructuración de 14 de julio de 2016, siendo su origen común según dictamen No. 600017846 de 9 de mayo de 2018 emitido por SEGUROS BOLIVAR S.A.

Así las cosas, precisó que la norma que regulaba la prestación es la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 8760 de 2003, para lo cual trajo a colación lo referido en los artículos 38 y 39 de dicho compendio normativo que establecen los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez, consistentes en tener una PCL del 50% o más y que no sea de origen profesional, además que el afiliado haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

No obstante, refirió que el Juez se encuentra supeditado a decidir las controversias puestas a su consideración bajo el amparo de derechos legales, sino también supra legales conforme lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política, frente a sujetos de especial protección que se encuentren en estado de invalidez. Por ende, tratándose de enfermedades catastróficas, congénitas y/o progresivas, como es el caso del demandante; se considere como fecha alternativa al de la estructuración para completar el requisito de

cincuenta semanas, el i) la de la calificación de la invalidez, ii) la fecha de solicitud de reconocimiento pensional y iii) la de la última cotización efectuada, criterio que ha sido acogido no solo por la Corte Constitucional, sino también por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se expuso en sentencias SL3275 de 2019, SL770 de 2020, SL102 de 2020 SL4346 de 2020 y SL4178 de 2020.

Seguidamente, expuso que el actor ostentaba una PCL del 71.85% lo que lo ubica como una persona en estado de invalidez y aun cuando no logró acreditar las cincuenta semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, pues como se evidencia del reporte de semanas que obra a folios 51 a 52 en el archivo 15 del expediente, pues para el 14 de julio de 2016 fecha de estructuración solo contaba con 18.14 semanas cotizadas, esa situación no se compadece con la realidad del gestor, pues si bien no se trata de una enfermedad catastrófica, si es degenerativa y progresiva como se observa del dictamen antes referido.

En tal sentido, y en aplicación del precedente jurisprudencial ya mencionado se debe tener en cuenta para efectos del cómputo de semanas cotizadas, no la fecha de estructuración, sino la fecha de la última cotización al sistema de seguridad social en pensiones, lo cual ocurrió en julio de 2020, en tanto, hasta esa fecha se puede afirmar que la capacidad laboral del actor se vio menguada como se extrae de la historia laboral, en la que se verificar si entre el 30 de julio de 2017 y el 30 de julio de 2020, alcanza las 50 semanas requeridas por la Ley, se advierte que cuenta con 158.73 semanas cotizadas, cumpliendo así tal presupuesto.

Dicho esto, refirió que no se resolvía modificar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, sino que, atendiendo las circunstancias del caso, es dable como acoger una fecha diferente para enmarcar el interregno para acreditar las semanas que exige la Ley 860 de 2003, siendo dable fijar la fecha de la última cotización realizada como ya explicó.

En consecuencia, condenó a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar al actor la pensión de invalidez a partir del 1º de agosto de 2020, en cuantía inicial del salario mínimo mensual legal vigente, lo que en los sucesivo debe ser reajustada a razón de 13 mesadas en la modalidad de renta vitalicia, correspondiendo el retroactivo causado entre el 1º de agosto de 2020 y el 31 de enero de 2021, como quiera que la demandada procedió al pago de la prestación en cumplimiento del fallo de tutela desde el 1º de febrero de 2021, el cual asciende a $6.175.344, siendo el valor de la mesada para 2020 de $877.803 y para 2021 de $908.526, monto que debe ser indexado al momento de su pago.

Al referirse a la responsabilidad de la llamada en garantía SEGUROS BOLIVAR S.A., hizo mención del artículo 70 de la Ley 100 de 1993, acotando que la suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes, en el evento de que el capital ahorrado sea insuficiente para cubrir la pensión, por lo que la seguradora debe cubrir la suma adicional para cubrir tal evento.

En cuanto a la prescripción precisó que el 11 de mayo de 2018 se notificó el dictamen de PCL proferido por SEGUROS BOLIVAR S.A., y el actor reclamó a la pasiva la pensión el 10 de septiembre de 2020 y el 20 de mayo de 2021, interpuso la presente acción, luego, no operó el fenómeno prescriptivo. Además, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva que propuso la citada aseguradora como demandada principal, aduciendo que el seguro previsional del cual se hace cargo procede como aseguradora, mas no como directa demandada.

Frente a la demanda de reconvención adujo que dadas las resultas de la demanda principal eran evidente la inviabilidad de las suplicas de la misma, absolviendo al demandado en reconvención de las mismas por las razones expuestas con anterioridad y declarando probada la excepción de buena fe que éste propuso. Por último, condenó en costas a COLFONDOS S.A. y a la llamada en garantía SEGUROS BOLIVAR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme la decisión de primer grado la demandada COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, señala que la Ley 100 de 1993 en sus artículos 38, 39, 40 y 41 establece los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, igualmente precisa que no se debate que el actor fue calificado por la entidad competente la cual determino que ostentaba una PCL superior al 50%, sin embargo, al verificar lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la artículo 1 de la Ley 860 de 2003, se advierte que el actor no acreditó el requisito de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que solo reúne 18.57 semanas de cotización.

Añade que la falta de tal requisito conllevó a que la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., la cual había sido contratada para amparar los riegos de invalidez y muerte del afiliado en los términos de los artículos 60, 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, objetara la solicitud elevada por el actor en el sentido de completar la suma faltante para pagar la pensión deprecada, ubicando a esa administradora un imposible, pues la cuenta de ahorros del demandante no cuenta con los recursos para cubrir la contingencia, en esa medida, solicita que en caso de confirmarse la sentencia de primer grado se mantenga la condena frente a la citada aseguradora relacionada con asumir la obligación a su cargo en la forma ordenada. Frente a la condena en costas, señaló que su negativa frente a la prestación se fundó en el incumplimiento del requisito de semanas.

SEGUROS BOLIVRA S.A. en su alzada sostuvo que el recurso lo sustenta en los siguientes aspectos, i) la competencia del juez para resolver el asunto, ii) que no se demandó la modificación de la fecha de estructuración y, iii) las pruebas practicadas en el proceso. Lo anterior, como quiera que la Juez de primer grado no tuvo en cuenta los argumentos que esgrimió esa encartada en los alegatos de conclusión en donde puso de presente la fijación del litigio, las pruebas recaudas y la confesión efectuada por la activa.

Sostiene que la competencia del Juzgado esta regida por los hechos y pretensiones de la demanda, ello sin perjuicio de las facultades *ultra y extra petita* que tiene el operador judicial, la cual tiene un limite a efecto de no vulnerar el derecho al debido proceso de su contraparte, acotando que en el presente caso la parte actora no discute la fecha de estructuración de su enfermedad, tampoco solicitó que fuera modificada la calenda en la cual acreditaba el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, por lo que no se entiende como la *a-quo* llevó a cabo tal revisión frente a la fecha.

Por tanto, reitera su solicitud atinente a que se revisen los hechos y pretensiones de la demanda, junto con la fijación del litigio y los alegatos de conclusión de la activa para verificar tal aspecto, de ahí que no había lugar a modificar la fecha de cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, pues de haber examinado tales aspectos lo decisión hubiese sido absolutoria frente a las pretensiones de la demanda principal, pues en la demanda se habían planteado de forma diferente, luego, se debía analizar el cumplimiento de los requisitos de ley, los cuales no cumple el gestor ya que no cuenta con cincuenta semanas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, lo cual ocurrió el 14 de julio de 2016. Por último, solicita se examine la procedencia de la excepción de compensación frente a una posible devolución de saldos al demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, y atendiendo los argumentos esgrimidos por los apelantes, deberá determinarse si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor DIEGO RAMOS BELTRÁN. De resultar avante lo anterior, se auscultará a partir de cuándo le asiste derecho al demandante de percibir la prestación.

c. Del objeto de debate:

Sea lo primero indicar, que en el asunto de marras no se discute en esta instancia que el demandante fue calificado por parte de SEGUROS BOLIVAR S.A., mediante dictamen No. 600017846-398 de 9 de mayo de 2018 con una PCL del 71.85% de origen común y fecha de estructuración 14 de julio de 2016 a razón de los diagnósticos de *hiperuricemia sin signos de artritis inflamatoria y enfermedad tofácea,* e *insuficiencia renal crónica no especificada,* los cuales son degenerativas y progresivas, según se indica en dicha pericia. (f. 14 a 20 archivo 01)

Además, que le fue reconocida de forma transitoria por parte de las encartadas la pensión de invalidez en cumplimiento a sentencia proferida el 4 de febrero de 2021 por el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá dentro la acción de tutela radicada con el No. 11-2021-00025-00, decisión que fue confirmada por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia adiada el 9 de marzo de la misma anualidad. (f. 66 a 101 archivo 01)

Ahora bien, arguye la enjuiciada SEGUROS BOLIVAR S.A. en su apelación que en el *sub-examine* no era objeto de discusión la fecha de estructuración de la invalidez del gestor y que éste tampoco solicitó que se modificara la calenda en la que acreditaba el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

En punto de lo expuesto, conviene recordar que el órgano de cierre de esta especialidad ha señalado sobre los aspectos fuera de debate, entre otras en sentencia SL1576-2018, radicación No. 59380 de 9 de mayo de 2018, lo siguiente:

> *"Y en sentencia CSJ SL360-2018, respecto a los hechos que hacen parte del proceso, la Sala precisó:*
>
> *"Debe recordar la Corte que los hechos de un proceso son los expresados por las partes en la demanda y su contestación, o en las oportunidades procesales en la que tanto la una como la otra permiten ser modificadas, pero que una vez adquieren su calidad de piezas procesales definitivas, no pueden ser variadas por las partes a su arbitrio, por violentar en uno u otro caso el principio del debido proceso que permea toda actuación judicial.*
>
> *"Adicionalmente, en torno a la finalidad de la etapa de fijación del litigio en el proceso y las facultades de las partes en la misma, resulta relevante traer a colación el criterio precisado en la sentencia CSJ SL 25844, 13 sep. 2006, que fue reiterado en la sentencia CSJ SL9013-2017, así:*
>
> *"Además, obviamente que el sentenciador, al revisar toda la actuación procesal surtida, tendrá que ceñirse a lo plasmado en la audiencia de conciliación, y a la forma como quedó en definitiva la fijación del litigio, conforme con el artículo 77 del C. P. del T. y la S. S., modificado por el 39 de la Ley 712 de 2001.*
>
> *"Pero, esa última etapa procesal, tal cual lo prevé la citada normatividad, tiene por finalidad que el juez del conocimiento requiera a las partes y a sus apoderados "..para que determinen los hechos en que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales declarará probados mediante auto en el cual desechará las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial..", y "..si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito..". En consecuencia, no se trata de una oportunidad procesal para modificar, variar, enmendar o corregir la demanda, sino que en esa fase de fijación del litigio se descubren los puntos sobre los cuales versa el proceso, al desechar las reclamaciones conciliadas y los hechos admitidos expresamente por las partes, caso este en el cual, tales pretensiones y tales hechos no serán objeto final del pronunciamiento judicial, por haber quedado fuera de controversia; mientras que los aspectos pendientes, serán decididos en la correspondiente sentencia, pero obviamente con sujeción a la demanda, su reforma y a la respuesta de la parte accionada, vale decir, sin salirse de esos límites impuestos legalmente."*

Postura reiterada más recientemente en sentencia SL444-2024, en la que esa Alta Corporación señaló *"Lo expuesto quiere decir que en la fijación del litigio se registran los aspectos pendientes entre las partes, que deben decidirse en la sentencia, con sujeción, eso sí, a la demanda, su reforma (en caso de existir) y a la respuesta de la accionada, sin exceder los límites fijados por la ley."*

d. De la pensión de invalidez y su análisis jurisprudencial:

Para acceder al requisito de la pensión de invalidez, en inicio es menester señalar que la norma aplicable al caso es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, de manera que, en caso de marras conviene traer a colación lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 1º del artículo 39 de la misma disposición normativa, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que establecen lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.*
>
> *ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*
>
> 1. *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración."*

Así las cosas, pertinente resulta manifestar que la pensión de invalidez fue creada por el legislador con la finalidad de preservar aquellas eventualidades generadas a razón de enfermedades o accidentes que inhabiliten al afiliado desarrollar en cabal seguimiento sus actividades laborales.

Ahora, es menester que la Sala precise que si bien en principio la norma es certera en manifestar acerca del requisito de la aplicabilidad de las 50 semanas inmediatamente anteriores al estado de la invalidez, también lo es que la Sala

de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considerando las necesidades de especial protección que merecen determinadas personas, como aquellas que padecen afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales, ha manifestado que es procedente atender para el cómputo de las semanas la fecha del dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral, en la que solicitó la pensión o la última semana de cotización, previo el análisis de cada situación en particular, aspecto que por demás se encuentra en concordancia con lo indicado por la Corte Constitucional, así lo sostuvo la Alta Corporación en sentencia relevante como lo fue la SL3275-2019, Radicación No. 77459 del 14 de agosto de 2019 donde sostuvo:

> *"En efecto, frente a este tipo de padecimientos, la Corte Constitucional mediante sentencia SU - 588 de 2016 se pronunció, al referir que las llamadas enfermedades «crónicas, degenerativas y/o congénitas» son aquellas que, debido a sus características, «se presentan desde el nacimiento o son de larga duración y progresivas». Por tanto, en tales eventos, el momento en el cual se perdió definitivamente la capacidad para laborar, suele coincidir con el día del nacimiento, uno cercano a este o la fecha del primer síntoma de la enfermedad o del diagnóstico de la misma y, por esa razón, «estas personas normalmente no acreditan las semanas requeridas por la norma, pese a contar con un número importante de cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha asignada».*
>
> *Ello significa que los padecimientos crónicos de larga duración son permanentes en el tiempo y se agravan de manera paulatina, lo cual, eventualmente, permite al paciente continuar con su actividad de trabajo, pese a que la pérdida de capacidad laboral se haya estructurado desde antes.*
>
> *En palabras de la Corte Constitucional, aunque la discapacidad en estas enfermedades se puede estructurar en determinada fecha, la persona puede mantener una capacidad residual de trabajo que le permite continuar activa laboralmente, con la respectiva obligación de realizar los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte que ofrece el sistema, los que resultan plenamente válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de una pensión, pues de lo contrario, se desconocerían los aportes realizados «en ejercicio de una efectiva y probada, explotación de una capacidad laboral residual».*
>
> *(…)*

"Entonces, aceptar la misma interpretación que se tiene actualmente para los demás asuntos, esto es, no contabilizar la cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, en tanto lo que se protege es una contingencia o un riesgo incierto, significa admitir que las personas que padecen enfermedades de tipo «crónico, degenerativo y/o congénito» por razón de su condición, no tienen la posibilidad de procurarse por su propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez una vez su estado de salud les impida seguir laborando, derechos que sí están reconocidos a las demás personas.

(…)

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

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

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

(…)

"En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario." (Subrayado por la Sala)

En tal sentido, y atendiendo la postura expuesta, palmario resulta que los padecimientos crónicos de larga duración no repercuten a la persona de manera inmediata, sino que, por el contrario, se va presentando una mengua

en el transcurrir del tiempo, constituyéndose así una capacidad laboral residual, que en términos expuestos por la Alta Corporación consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una capacidad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades, sin que esa situación pueda ser desconocida, puesto que incluso tal aspecto se encuentra regulado internacionalmente a través de instrumentos ratificados por Colombia como lo son el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y normativamente según lo estatuido en la Ley 1618 de 2013, 1346 de 2009, artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política, Ley 361 de 1997, Ley 100 de 1993, entre otros, según se indica en la citada providencia.

Postura esta que ha sido reiterada por el órgano de cierre de esta especialidad, entre otras sentencias en la SL2504-2022, SL2496-2023, SL2977-2023 y SL131-2024.

e. Del caso en concreto:

Descendiendo al caso bajo estudio, y frente a los argumentos expuestos en su impugnación por SEGUROS BOLIVAR S.A., la cual señala que la *a quo* desvió el objeto del debate, pues en su sentir abordó situaciones fuera de la litis, como la fecha de estructuración del estado de invalidez del actor, aunado al hecho de que éste no solicitó la modificación de esa calenda para acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Debe señalar la Sala ante tales manifestaciones que no se advierte que la Juez de instancia haya decido un aspecto que no haya sido tratado en el trámite procesal, pues nótese que las pretensiones del *petitum* son claras, en cuanto a que el promotor solicitó que se declarara que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, y el hecho de solicitar que lo fuera desde el 14 de julio de 2016, fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, no le resta relevancia a la primera parte de dicho pedimento, esto es, si en efecto tiene derecho a la pensión deprecada con todo el análisis que ello conlleva, sumado a que solicitó la aplicación de la facultad *ultra y extra petita*.

Adicionalmente, no puede obviarse que en los hechos de la demanda el actor relató que le fue negada la pensión por no acreditar el requisito de cincuenta semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez que determinó esa aseguradora en el dictamen que profirió, siendo reconocida la pensión de forma transitoria por el fondo convocado a juicio en cumplimiento a un fallo de tutela, en el cual el Juez Constitucional abordó lo referente a la posibilidad de tener una fecha diferente a la estructuración de la invalidez para verificar el requisito de semanas.

Situación que además fue determinada en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. en la etapa de fijación del litigio, en la que se dijo por parte de la Juez de primer grado que se debía establecer si al demandante le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; en caso afirmativo, se debía establecer la fecha en la cual se causó el derecho, esto es, si se debía tomar la fecha de estructuración del estado de invalidez u otra diferente, decisión ante la cual si bien la apelante efectuó algunas manifestaciones, lo cierto es, que no interpuso inconformidad ni recurso alguno, quedando en firme tal determinación, lo que en efecto daba cabida a que la *a-quo* analizara la posibilidad de tomar una fecha diferente para atender el computo de semanas que establece la ley según la reiterada jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En vista de lo anterior, considera la Sala que dar un entendimiento diferente a ese puntual aspecto como lo pretende el apelante resulta inane, en tanto, el intelecto que da esta Colegiatura al objeto de análisis alude al mismo que examinó la Juez de instancia, sin que ello conllevara a extralimitar sus facultades, o que no haya tenido en cuenta otros aspectos como los alegatos de conclusión que efectuaron las partes en la etapa procesal pertinente al momento de decidir el caso, ello en atención al principio de congruencia establecido en el artículo 280 del C.G.P. aplicable por remisión analógica a los juicios del trabajo, pues es evidente que la operadora judicial de primer grado dadas las particularidades del caso, lo que realizó fue una excepción a

aplicación de la norma que regula el tema de las semanas para acceder a la prestación de invalidez, dando así cabida a la aplicación del precedente judicial al que se ha hecho referencia, sin que ello implicara cambiar la fecha de estructuración del estado de invalidez como lo alega la apelante.

En otro giro, y como bien se ha reseñado en precedencia es diáfano que el actor no cumplía con el presupuesto de semanas establecido en el numeral 1º del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que permite inferir que además de acreditarse una PCL igual o superior al 50%, es menester contar con cincuenta semanas cotizadas al sistema general de pensiones en los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado invalidez, lo cual según el dictamen emitido por SEGUROS BOLIVAR S.A. ocurrió el 14 de julio de 2016, fecha para la cual de acuerdo con el reporte de semanas allegado por COLFONDOS S.A. solo alcanzaba 18.57 semanas. (f. 36 a 39 archivo 01 y f. 51 archivo 15)

Sin embargo, observa este Juez Colegiado que en atención a la capacidad residual de trabajo con la que contaba el promotor efectuó cotizaciones a pensión hasta el 30 de diciembre de 2020, advirtiendo que si bien dicho reporte refiere que inició a realizar aportes en marzo de 2016 los cuales efectuó todo el tiempo a través del empleador Millenium BPO S, tampoco puede soslayarse que para la fecha de la estructuración contaba 23 años, entendiéndose con ello que apenas iniciaba su vida productiva cuando se empezaban a denotar las secuelas de las enfermedades que lo aquejan, circunstancia que de acuerdo con el Dictamen del Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral emitido el 9 de mayo de 2018 conllevaron a que estuviera incapacitado de forma continua desde el 14 de julio de 2016, situación que no se pudo constatar del todo en el plenario pues solo obran certificados de incapacidades del 5 de agosto de 2017 al 1º de abril de 2018 y del 24 de octubre de 2019 al 10 de julio de 2020, estas últimas de forma discontinua. (f. 59 y 60 archivo 15)

Aunado a lo anterior, en el dictamen se indica que dada la aparición de la insuficiencia renal crónica su pronóstico de recuperación había empeorado, concepto de rehabilitación que en definitiva fue desfavorable el según comunicación remitida por la EPS Sanitas el 1º de julio de 2020 a COLFONDOS S.A. (f. 22 archivo 01)

Puestas a si las cosas, no se advierte un actuar del gestor tendiente a defraudar el sistema a efectos de lograr la prestación que reclama, al contrario lo que se observa es que mantuvo su capacidad residual de trabajo hasta la última cotización al sistema; luego, era viable tomar esa fecha para constatar el cumplimiento del presupuesto de semanas el de la última cotización como lo ha enseñado la jurisprudencia, lo cual ocurrió el 30 de diciembre de 2020 y no el 30 de julio de esa anualidad como lo coligió la *a-quo,* según el reporte que obra en el archivo 01, calenda para la cual, igualmente ya alcanzaba más de cincuenta semanas cotizadas con anterioridad a esa data; sin embargo, al no haber sido objeto de inconformidad ese puntual aspecto, no se modificará la decisión de instancia en cuanto al pago del retroactivo ordenado, pues recuérdese que los argumentos de la alzada siempre estuvieron enfilados a que no se acreditaba el presupuesto de semanas conforme a la ley. Así las cosas, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar la decisión de primer grado frente al otorgamiento de la pensión de invalidez.

De otro lado, frente a la solicitud de COLFONDOS S.A. de mantener la condena impuesta en primer grado en contra de SEGUROS BOLIVAR S.A., conviene precisar que en esta instancia no se discute que esa aseguradora tiene a su cargo lo referente al seguro previsional que ampara al promotor de la litis, respecto del pago de la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para sufragar la pensión de invalidez, por lo que en sujeción a lo dispuesto en los artículos 70 y 108 de la Ley 100 de 1993; es palmario, que es esa enjuiciada la que debe asumir tal obligación como lo dedujo la Juez de instancia al haberse otorgado la pensión de invalidez, por las razones antes explicadas.

En cuanto a la solicitud de compensación que eleva SEGUROS BOLIVAR S.A. en la alzada frente a un posible pago de la devolución de saldos al actor, debe indicarse que en el expediente obra comunicación dirigida por parte del fondo privado de 18 de septiembre de 2020 en la que le informa la aprobación de la devolución de saldos; sin embargo, en el informativo no milita prueba alguna que permita colegir el pago efectivo de la misma, por lo que no hay lugar a aplicar tal figura. (f. 15 a 16 archivo 15)

Finalmente, frente a la inconformidad que presenta COLFONDOS S.A. respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y al no salir avante los argumentos que expuso en la impugnación, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas al ser vencida en juicio, sin que sea necesario analizar otros aspectos, según ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021.

Corolario de lo expuesto, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado por las razones aquí expuestas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de junio de 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. y SEGUROS BOLIVAR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000, a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2021 00237 01**
Demandante:	LILIA YANETH RODRÍGUEZ OTALVARO
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A. en contra de la sentencia proferida el 14 de marzo del 2024 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LILIA YANETH RODRÍGUEZ OTALVARO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A., a fin de declararse la nulidad o la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a PROTECCIÓN S.A. y a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones

que realizó, junto con bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y que a la fecha estuvieran pendientes. Finalmente, solicita se condene a las demandadas a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y a las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 9 de abril de 1969, y ha realizado cotizaciones desde julio de 1991 al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y que en 1999 estando al servicio de PRODUCTOS ROCHE S.A. los asesores de AFP COLMENA S.A. ahora AFP PROTECCIÓN S.A., le manifestaron que COLPENSIONES se liquidaría y solo tendría como opción un fondo privado; además le indicaron que su pensión sería más beneficiosa en ese régimen, que se podía pensionar de manera anticipada, bajo esos argumentos el 27 de mayo de 1999 se afilió a ese fondo, cambiando así de régimen pensional.

De otro lado, refiere que el 12 de noviembre de 2009 se afilió a ING PENSIONES Y CESANTIAS S.A. sin recibir información sobre el particular y destaca que en el RPMPD alcanzó un total de 401.86 semanas y en el RAIS 1.057,86 semanas, es decir, que cuenta con un total 1.459.72 semanas. Asimismo, señala que solicitó a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A. la nulidad del traslado y a la última información sobre su afiliación y la proyección de su mesada pensional, pedimentos que fueron negados por las encartadas. No obstante, según cálculos efectuados su mesada pensional en el RPMPD sería superior a la que obtendría en el RAIS. (f. 1 a 12 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como

de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (f. 3 a 28 archivo 09).

SKANDIA S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que no fue participe del acto jurídico de traslado de régimen inicial.

En su defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, 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, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (f. 3 a 18 archivo 15)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que en el trámite procesal no está demostrada la configuración de algún vicio en el consentimiento en el acto de afiliación de la promotora y tampoco se videncia vulneración a su voluntad de afiliación ya que se dio de manera libre conforme lo normado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ello en ejercicio del derecho a la libre

escogencia del régimen pensional, luego, es improcedente la declaratoria de nulidad o ineficacia de dicho traslado.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 14 archivo 16)

En otro giro, se observa que SKANDIA S.A. efectuó llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que trasladó a dicha aseguradora los dineros atinentes a primas para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a ese fondo de pensiones obligatorias, entre los cuales se encuentra la demandante, por tanto no cuenta con tales rubros, en consecuencia, es imperiosa la vinculación de dicha llamada en garantía, toda vez que en caso de condenarse a devolver los aportes a COLPENSIONES, junto con los gastos de administración de que trata el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, es su obligación asumir tal condena, en especial lo que refiere a la prima pagada por seguro previsional, so pena de configurarse un enriquecimiento sin justa causa a favor de esa compañía de seguros.

En virtud de lo anterior, el precitado llamamiento en garantía fue aceptado mediante auto de 9 de noviembre de 2022. (archivo 18).

En esa medida, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó indicando que ni se oponía ni se allanaba a las pretensiones del libelo genitor, refiriendo que es PROTECCIÓN S.A. la que debe pronunciarse frente a tales pretensiones en tanto fue la que intervino en la relación jurídico procesal que se debate, máxime si se tiene en cuenta que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria, por ende, bajo dicha premisa la demandante en uso de su autonomía de voluntad, tomó la decisión de elegir el régimen pensional en el que quería estar, de ahí que, el acto jurídico que se pide declarar ineficaz fue lícito y por tanto, jurídicamente eficaz.

Como excepciones frente a la demanda propuso las que nombró como; las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de

autonomía de la voluntad, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles y reconocimiento oficioso de excepciones.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, indicando que el objeto jurídico material de las pretensiones propuestas en la demanda no está en relación de identidad con el objeto del seguro; de modo que, es un imposible jurídico que tenga que responder por las consecuencias derivadas de una sentencia estimatoria de aquellas.

Como excepciones de mérito formuló las denominadas como llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, MAPFRE no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, A MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones. (archivo 22)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de marzo de 2024, resolvió:

> *"PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante LILIA YANETH RODRIGUEZ OTALVARO al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los valores que obran dentro de la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de*

gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos deben debidamente remitidos a COLPENSIONES indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a SKANDIA S.A., a COLPENSIONES los dineros que descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO. ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de las pretensiones incoadas en su contra por parte de SKANDIA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A, y SKANDIA S.A., y a favor del demandante, fijándose como agencias en Derecho la suma de $1'500.000.

OCTAVO. CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA S.A., y a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, fijándose como agencias en Derecho la suma de $800.000."

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia consideró que en el presente caso debe analizarse si el acto jurídico de traslado resulta ineficaz según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo, expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga una afiliación libre y voluntaria, esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen, con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo que el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada, derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Añadió que, si bien estaba acreditado en el plenario que la demandante se había trasladado del ISS a PROTECCIÓN y SKANDIA, de las documentales que yacen en el expediente no se podía establecer que se haya suministrado la debida información a la posible afiliada previo al traslado sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, lo que tampoco se puede colegir del interrogatorio de parte que depuso la actora o de las demás pruebas recaudadas.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante, con todos sus efectos consecuenciales, ordenando a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado. Igualmente, condenó a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES los últimos tres conceptos de forma indexada. A su vez, declaró no probada la excepción de prescripción.

En cuanto al llamamiento en garantía, señaló que al verificar las pólizas suscritas entre SKANDIA y MAPFRE se podía colegir que se trata de un contrato de seguro previsional cuyo objeto es el cubrimiento de los afiliados del fondo, entre ellos la actora, para cubrir los riegos de invalidez y muerte, luego, no se pactó el cubrimiento ante una eventual declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen o la devolución de los aportes efectuados por la gestora, asunto que el objeto del presente debate, motivo por el cual no tiene prosperidad el llamamiento efectuado. Finalmente, condenó en costas y agencias en derecho a los fondos privados y a SKANDIA frente a la llamada en garantía.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada SKANDIA S.A. la apeló. Al respecto, manifiesta su inconformidad de frente a la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración, comisiones, primas de seguros o cualquier otra erogación, pues de acuerdo al artículo 104 de la Ley 100 de 1993, está autoriza a descontar estas sumas a sus afiliados, esto en

concordancia con el artículo 20 *ibidem*, que estipula que el 3% del ingreso base cotización, pues se destina a financiar los gastos de administración, primas de seguros de FOGAFIN y las primas de invalidez y sobrevivientes.

Además, expone que el porcentaje del seguro fue sufragado directamente por esa sociedad, de modo que, no es viable el traslado de dichos recursos, además los gastos de administradoras se ven reflejados en los rendimientos que se generaron por su buena administración, de ahí que, se estaría frente a un enriquecimiento sin justa causa de insistirse en el traslado de tales rubros, aunado a que dichos gastos de administración ya estarían prescritos y no tendrían que ser destinados a cubrir la mesa pensional.

Igualmente, refiere que es procedente compensar los valores obtenidos por rendimientos ya que estos retribuyen la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, aunado a que el artículo 7o del Decreto 3995 de 2008 indica los conceptos a trasladar, los cuales corresponden a los aportes efectuados al nombre del trabajador destinados a la cuenta individual y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sin incluir cualquier otro concepto.

De otro lado, argumenta que el llamamiento en garantía tiene vocación de prosperidad a razón de que el contrato que pactó con MAPFRE, surge del contrato de seguro provisional que debió contratar para el cumplimiento de los riesgos de invalidez y muerte de sus afiliados, conforme lo dispone la ley, de manera que, al decretarse la ineficacia de la afiliación a favor de la demandante, debería suceder lo mismo con el citado contrato; y por ende seria la aseguradora la obligada a devolver tales primas, esto en concordancia con los artículos 1045 y 1137 del Código de Comercio que hace alusión del interés asegurable. A su vez, reitera que en este escenario también se estaría ante un enriquecimiento sin justa causa de acuerdo a lo normado en el artículo 831 del Código de Comercio, en tanto, solo estaría obligada a responder con su propio patrimonio por la mora en el pago de la prima, lo cual no ha ocurrido, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado de forma parcial.

COLPENSIONES en su alzada, señala que la carga de la prueba según el artículo 167 del C.G.P., está en cabeza de las partes y no de la contraparte, así lo han reiterado este Tribunal en sentencias emitidas el 10 de octubre 2017 en el

proceso 19 2015 0915 y el 25 de octubre de 2017 en el expediente 07 2015 0822 01. Además, las consecuencias que dan lugar a la ineficacia del traslado están definidas en la Ley 100 de 1993, de modo que cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho que no tiene alcance para viciar el consentimiento según el artículo 1592 del Código Civil, menos aún en el presente caso en donde se evidencia que la promotora realizó diferentes traslados horizontales, por lo que debía demostrar los vicios del consentimiento alegados, igualmente, ha permanecido más de 25 años en el RAIS dado que su afiliación se dio en 1995, fecha en la que no era obligatorio dejar un registro documental de las circunstancias que rodearon el traslado, luego la AFP no estaba obligada a lo imposible. Mismas consideraciones que sirven para no imponer cosas en esta instancia ya que se estaría ante un detrimento patrimonial de esa administradora, por tanto, solicita se revoque la sentencia y se le absuelva de las condenas impuestas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por

escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de mayo de 1999; igualmente, obran algunos de los formularios mediante los cuales se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de noviembre de 2009 y a SKANDIA S.A. el 27 de mayo de 2011. Vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de julio de 1999 en el caso de COLPENSIONES a COLMENA, el 1º de febrero de 2008 de ING (por fusión con Colmena) a SKANDIA, el 1º de enero de 2010 de SKANDIA nuevamente a ING, el 1º de julio de 2011 de ING a

SKANDIA y de SKANDIA a PROTECCIÓN el 1º de diciembre de 2014, según el reporte SIAFP. (f. 85, 87, 89 archivo 09)

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

Por otra parte, la demandante señora LILIA YANETH RODRÍGUEZ OTALVARO en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que en el año 2007 su afiliación a SKANDIA se dio por facilidad de acceder a los servicios que ofrecía; que cuando se trasladó de régimen en la primera oportunidad le dijeron que se podría pensionar sin tener en cuenta una edad mínima si tenía un monto determinado de dinero en su cuenta de ahorros, además le dijeron que el ISS sería liquidado y que sus aportes se perderían, pero nunca le explicaron cuánto dinero necesitaría para pensionarse y poder cubrir sus gastos mínimos, reiterando que los diferentes cambios de fondos se dieron por la insuficiencia en el servicio, y que los formularios los diligenciaban los asesores.

Destacó frente al traslado de régimen que se dio cuando estaba al servicio de ROCHE; que los asesores de los fondos hacían reuniones y se hablaba de la liquidación del ISS, confiando que el trasladarse a un fondo privado le convendrían por inestabilidad del fondo público; además refiere que los asesores le mencionaron que el capital es heredable si fallecía y que podría retirarlo cuando quisiera. Que intentó retornar al ISS cuando tenía 48 años, lo cual fue negado.

La testigo ADA MARINA CASTILLO SEGURA dijo conocer a la actora desde que trabajaban para ROCHE, pero no estuvo presente cuando la actora se afilió al

fondo de pensiones COLMENA; relata que los fondos hacían reuniones para incentivar los traslados aduciendo que el ISS se liquidaría.

La testigo CARMEN CECILIA MEDRANO VERGARA refirió que conoce a la actora por motivos laborales; refiere que el traslado data del año 1999, recordando que les dijeron que el ISS sería liquidado.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, sumas que por demás deben cubrir los fondos privados con cargo a sus propios recursos como viene de verse y contrario a los sostenido por SKANDIA en la alzada frente a la prosperidad del llamamiento en garantía.

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

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

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

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

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

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

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

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

de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en esta instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, o, a la que se le resuelva de forma desfavorable el recurso de apelación; luego, al haber sido evidente que el recurso impetrado en esta ocasión no tiene vocación de prosperidad, es claro para la Sala la procedencia de la condena en costas en esta instancia. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

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

Así las cosas, no se denota yerro alguno en la decisión adoptada por la Juez de instancia, frente a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen que llevo a cabo la actora, con la consecuente devolución por parte de los fondos privados convocados a juicio a la administrado de pensiones del régimen de prima media de los conceptos indicados en la sentencia confutada, entre ellos lo referente a gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, conceptos estos que como lo determinó la *a quo* deben ser indexados al momento de su pago, lo cual guarda consonancia con lo indicado por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencias SL5047-2021 y SL1019-2022.

No obstante, estima la Sala necesario adicionar la sentencia de instancia en que declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el sentido de precisar que el traslado de régimen que se declara ineficaz, alude al realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de mayo de 1999, el cual se efectivizó el 1º de julio de 1999, lo que a su vez, conlleva a declarar ineficaces los demás traslados horizontales que realizó a los demás fondos privados, como se explicó en precedencia, por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en los demás la sentencia objeto de censura. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral primero de la sentencia proferida el 14 de marzo de 2024 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En el sentido de precisar que, el traslado de régimen que se declara ineficaz alude al que realizó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de mayo de 1999, el cual se efectivizó el 1º de julio de 1999, lo que, a su vez conlleva a declarar ineficaces los demás traslados horizontales que realizó a los demás fondos privados, como se explicó en la parte motiva de la sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2021 00575 01**
Demandante:	WILSON OSORIO DIMATE SUÁREZ
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada MARÍA CAMILA GUÍO MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.505.503 y T.P. 414.733 del S. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2024 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor WILSON OSORIO DIMATE SUÁREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.

Lo anterior, a fin de declararse que las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., no brindaron información al momento de trasladarse a cada una de ellas, de allí que dicho traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sea ineficaz.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a aprobar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que se le condene a COLPENSIONES aceptar el mismo dentro del régimen público.

Que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar todas las sumas de dinero que se encuentren en su cuenta de ahorro individual con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 28 de diciembre de 1962, afiliándose al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto ISS en el año de 1982.

Que posteriormente, en el mes de abril de 1997, se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., sin que los asesores de esta última le hubiesen suministrado algún tipo de información sobre cuál sería el capital necesario para el reconocimiento al derecho de la pensión de vejez, le indicaron que el ISS se liquidaría y su mesada pensional se perdería.

Mencionó que nunca se le indicó acerca del derecho de retracto ni las consecuencias del traslado, no se le realizó una proyección pensional al momento del traslado, entre otros aspectos de desinformación.

Expuso que los asesores de las AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., lo mantuvieron en el error cuando llevó a cabo traslados horizontales ante sus dependencias

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda, manifestando para lo pertinente que la afiliación del demandante ante sus dependencias se llevó a cabo previo al suministro de una información completa, clara, veraz y oportuna, la cual tuvo como propósito brindarle al actor información tendiente a que tuviera elementos de juicio suficientes para tomar la decisión de realizar el traslado de régimen pensional.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SKANDIA S.A. adujo en su contestación que la afiliación del actor a sus dependencias estuvo precedida de una información suficiente y transparente que le permitió elegir libremente dentro de las diferentes opciones de servicio que ofrecen las diferentes AFP, seleccionando así la que mejor se ajustaba a sus intereses.

Impetró las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la asesoría brindada fue clara, comprensible y circunscrita a la situación particular del afiliado, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen a razón de la edad y tiempo cotizado, configuración de reintegro de prima de seguro previsional, compensación, prescripción del porcentaje de los gastos de administración, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buna fe y la genérica.

A su vez, esta demandada solicitó llamamiento en garantía respecto de la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., bajo el entendido que el demandante se afilió dentro de sus dependencia el 31 de julio de 2007 hasta el 31 de enero de 2009, por lo que, en calidad de administradora de

contingencias pensionales y en cumplimiento a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, suscribió con la mencionada aseguradora contratos de seguro previsional para cubrir principalmente los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su fondo obligatorio de pensiones, entre los que se encontraba el actor, contratos de seguro previsional que tuvieron vigencia por el periodo comprendido entre el año 2007 y el año 2018.

De esa forma, en cumplimiento de dicho acuerdo contractual realizó los pagos correspondientes a las primas del seguro previsional de invalidez y sobrevivientes a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., por lo que, como administradora ya no cuenta con dichos recursos, haciéndose necesaria la vinculación al presente trámite judicial de la pluricitada aseguradora, ya que en caso de que se condene a devolver los aportes de la demandante a COLPENSIONES, junto con los gastos de administración de los que trata el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, corresponde a la aseguradora el cumplimiento de esa obligación en lo que se refiere particularmente a la prima pagada por el seguro previsional.

COLPENSIONES refirió en su contestación oponerse a la totalidad de pretensiones, exponiendo que el traslado que llevara a cabo el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año de 1997 por intermedio de PORVENIR S.A. y posteriores traslados horizontales entre AFP, se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional de conformidad con lo establecido en el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data.

Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A. mencionó que al demandante se le brindó integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras pensionales, donde se le asesoró acerca de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el

funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes, entre otros aspectos de información.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

PROTECCIÓN S.A. indicó que la afiliación del actor a sus dependencias estuvo revestida de una información oportuna, clara, suficiente y comprensible, todas las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como lo fue la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual donde se depositan todos los aportes pensionales, la cual genera rendimientos financieros de acuerdo al comportamiento del mercado, la garantía de pensión mínima, la posibilidad de pensionarse en forma anticipada siempre que se cuente con un capital suficiente para financiar una pensión mensual superior al 110% del S.M.L.M.V. al 29 de diciembre de 1993, entre otros tópicos informativos.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la denominada afiliación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto.

Luego de admitirse el llamamiento en garantía que presentara SKANDIA S.A. respecto de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., esta última contestó la demanda, en la que manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones, al

igual que, arguyó ser evidente que el demandante haciendo uso de las facultades consagradas en el literal b) del artículo 13 de la Le 100 de 1993, optó por escoger un fondo privado, de lo que se puede colegir que salió del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en forma libre y voluntario, situación que se concretó con la suscripción del formulario de afiliación.

Impuso las excepciones de las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de autonomía de la voluntad, siendo lícitas, válidas y oponibles y la denominada reconocimiento oficioso de excepciones.

En lo que atañe a la contestación del llamamiento en garantía, mencionó oponerse a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado, pues el único objeto de ese previsional regulado en los artículos 20, 60, 70, 77, 108 y 109 de la Ley 100 de 1993, se circunscribió a que, en caso de realizarse el riesgo, se impusiera para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente, por lo que debe tenerse en cuenta que el objeto jurídico material de las pretensiones propuestas en la demanda no está en relación de identidad con el objeto del seguro, resultando así un imposible jurídico que se tenga que responder por las consecuencias de una sentencia estimatoria de aquellas.

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

derivada del contrato de seguro y la de reconocimiento oficioso de excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de febrero de 2024, resolvió:

> *"**PRIMERO. DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por el demandante **WILSON OSORIO DIMATE** al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR** al fondo de pensiones **PORVENIR S.A** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los dineros aportados por el actor, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO. CONDENAR** al fondo de pensiones **PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA**, a que transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los dineros que descontaron de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO. CONDENAR** a **COLPENSIONES** a que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.*
>
> ***QUINTO. DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*
>
> ***SEXTO. ABSOLVER** a la **AFP COLFONDOS S.A.**, de las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***SÉPTIMO. ABSOLVER** a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS** de las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía.*
>
> ***OCTAVO. CONDENAR** en costas de esta instancia y a favor del demandante, y a cargo de **PORVENIR S.A., SKANDIA Y PROTECCIÓN S.A.**, a razón de un 33.33% a cargo de cada una de ellas, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS ($1'500.000).*

NOVENO. CONDENAR *en costas de esta instancia a favor de la llamada en garantía* ***MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS*** *y a cargo de* ***SKANDIA****, fijándose como agencias en Derecho la suma de* ***OCHOCIENTOS MIL PESOS ($800.000)****".*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* mencionó que el problema jurídico a resolver consistía en verificar la procedencia de la ineficacia del traslado que realizó el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en 1997, en razón a la falta de información. Encontrando acreditado que en efecto estuvo afiliado al ISS y luego se trasladó a PORVENIR S.A., efectuando traslados horizontales a otras AFP.

Agregó que teniendo en cuenta los preceptos legales y especialmente los jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde al fondo convocado a juicio en atención de la carga de la prueba, demostrar que al momento del traslado se cumplió con el deber de información de todas y cada una de las características tanto positivas como negativas de ambos regímenes pensionales, al igual que se debía llevar a cabo una comparación de dichos regímenes, información entendida por ser completa, clara y comprensible, situaciones que no fueron probadas por parte de PORVENIR S.A., puesto que el simple formulario de afiliación no es prueba para acreditar tal precepto informativo y del interrogatorio de parte al gestor tampoco se evidencia confesión alguna sobre el cumplimiento de tal obligación, por lo que al no cumplirse la carga de la prueba declaró la ineficacia del traslado.

Al unísono, sostuvo que, si bien el demandante se trasladó a varios fondos pensionales, entre ellos PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., no significa de modo alguno que se esté convalidando la decisión de trasladarse, teniendo en cuenta que tampoco se acreditó que estos fondos hubiesen realizado una asesoría clara y transparente al señor WILSON OSORIO DIMATE SUÁREZ.

Arguyó que en lo que atañe a la demandada COLFONDOS S.A., se absolverá a la misma, teniendo en cuenta que dentro del plenario no obra formulario de afiliación, como tampoco se evidencia que hubiese estado afiliado a dicha AFP.

Expuso que, al declararse la ineficacia de la afiliación, deberá ordenársele a PORVENIR S.A., actual AFP donde se encuentra afiliado el actor, a que traslade a COLPENSIONES a que traslade a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta individual, junto con los rendimientos causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado 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.

En ese mismo orden de ideas, deberá ordenársele a los fondos SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., entidades que, si bien no cuentan con el fondo pensional del actor, sí deberán remitir con destino a COLPENSIONES los dineros que descontaron por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

Por otra parte, en cuanto al llamamiento en garantía formulado por SKANDIA S.A. sobre MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., adujo la absolución respecto de esta última, teniendo en cuenta que los seguros previsionales aportados constituyen pólizas de aseguramiento, de las cuales no se encuentra planteada la controversia aquí discutida, esto es, que las pólizas nunca se materializaron frente a hechos alegados en el *petitum*.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en lo atinente a trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente a trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y las sumas previsionales.

Frente a los gastos de administración, adujo que sus actuaciones han estado ceñidas a la constitución y la ley, pues el manejo por aportes voluntarios son de consagración de conformidad con lo establecido en el artículo 6º de la Ley 100 de 1993, adicional a que, durante el tiempo que el demandante estuvo

afiliado ante sus dependencias, como administradora pensional del régimen privado realizó con la mejor diligencia y cuidado las inversiones de propiedad del demandante, inclusive evidenciándose los buenos rendimientos que en su momento se generaron en la cuenta de ahorro individual, siendo improcedente su devolución, todas que se trata de comisiones ya causadas.

Sobre los seguros previsionales, adujo que no obran en su cabeza, como quiera que en su momento ese porcentaje fue descontado o cancelado en su momento a la aseguradora MAPFRE, por ende, quien debe devolver estos dineros es directamente la aseguradora.

En lo atinente al porcentaje de garantía de pensión mínima, esta modalidad pensional solamente obra en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que COLPENSIONES tenga la modalidad para reconocer la prestación, que allí que esas contingencias tampoco deban ser devueltas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último, solicita la absolución de costas procesales a favor de la llamada en garantía.

PORVENIR S.A. por su parte argumentó en su alzada que, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también la misma Corporación ha indicado que no se puede aplicar en forma homogénea a todos los procesos en los que se solicite la nulidad o ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información.

Que fue tan solo hasta la expedición del Decreto 2955 de 2010, la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, que las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, máxime si las condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encontraban consagradas en la Ley 100 de 1993, y el hecho de que el actor suscribió formulario de afiliación ante sus dependencias de manera libre y voluntaria, inclusive llevando a cabo traslados horizontales.

Que no es procedente retornar a COLPENSIONES los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante resultaría improcedente, como quiera que dentro de dichos rubros se encuentran los gastos de administración y seguros previsionales que son de destinación específica por mandato legal y que se cumplió a cabalidad, de tal suerte que se invirtieron en la forma exigida por la ley.

Adicionalmente, sostuvo no asistirle razón al fallador de instancia sobre que las sumas aportadas con destino al fondo de garantía de pensión mínima sean devueltas a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, ya que, al declararse la ineficacia, trae consigo que esas sumas deban ser entregadas a la entidad que administra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se suerte que no tiene sentido que estos rubros permanezcan en un fondo del que ya no beneficiario el afiliado.

Que tampoco hay lugar a la indexación sobre las condenas impuestas, en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos financieros del capital que se encontrara en la cuenta individual del demandante, lo que conlleva a que con dicha devolución se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, sin que tampoco haya lugar a costas procesales.

COLPENSIONES mencionó como inconformidad que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., le atañe al demandante demostrar los vicios del consentimiento alegado, no bastando para ello la simple afirmación, más aún si tuvo traslados horizontales dentro del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sumado a que, de prosperar la ineficacia de traslado, se incurriría un detrimento patrimonial.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación por medio de los cuales el demandante

se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 28 de febrero de 1997, luego teniendo traslados horizontales el 27 de agosto de 2002 a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 4 de febrero de 2005 a PORVENIR S.A., el 30 de marzo de 2006 a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 31 de julio de 2007 a SKANDIA S.A. y el 1º de diciembre de 2008 nuevamente a PORVENIR S.A., ultima donde se encuentra afiliada actualmente (Fls. 119, 120, 121 y 126 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS, fls. 81, 137 y 139 – PDF 15 ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A., fl. 18 – PDF 16 ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA SKANDIA y fls. 32 y 33 – PDF 24 ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCIÓN), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante señor WILSON OSORIO DIMATE SUÁREZ en el interrogatorio de parte a él practicado, no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no*

hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

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

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar

respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la*

exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., respecto a la condena en costas de primera instancia, la primera sobre la condena en costas a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa encartada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fueron vencidas en juicio. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

Finalmente, frente a la indexación de los conceptos a devolver producto de la declaratoria de ineficacia que reclama COLPENSIONES en su apelación, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre

otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia lo siguiente:

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

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De ese modo, habrá de aclararse la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 para cada una de ellas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 28 2021 00083 03**
Demandante:	EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO en calidad de curadora provisional de la señora GLORIA STELLA DIAZ ROMERO
Demandado:	FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 11 de julio de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO en calidad de curadora provisional de la señora GLORIA STELLA DIAZ ROMERO, promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONCEP, a fin de declararse que a la señora GLORÍA ESTELLA DÍAZ ROMERO en calidad de hija del señor RICARDO DÍAZ (q.e.p.d.), es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que refiere el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en atención a que dependía económicamente de su progenitor. Igualmente, solicita se declare que GLORIA STELLA DÍAZ ROMERO tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de enero de

2016, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a su hermana, señora GLORÍA ESTELLA DÍAZ ROMERO en calidad de hija invalida del *de cujus* a partir del 25 de enero de 2016, junto con los intereses moratorios causados sobre las mesadas no pagadas. Asimismo, se condene a la encartada a lo que resulte probado de manera *minus, ultra* y *extra petita,* más las costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria, pretende se condene al pago de la indexación de las mesadas pensionales adeudadas en caso de no prosperar la condena por intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, informa que al señor RICARDO DÍAZ (q.e.p.d.) le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 192 de 2 de marzo de 1990, a partir del 22 de enero de 1990 en cuantía inicial de $139.441,79, la cual fue reliquidada a través de Resolución No. 1432 de 18 de septiembre de 2008, en suma de $158.034 a partir del 8 de octubre de 2000; precisando que el citado pensionado falleció el 25 de enero de 2016.

De otra parte, expuso que entre el señor RICARDO DÍAZ (q.e.p.d.) y la señora ANA PAULINA ROMERO, quien falleció el 13 de septiembre de 1999, existió una relación sentimental fruto de la cual nació GLORÍA ESTELLA DÍAZ ROMERO el 29 de abril de 1968, de quien su padre desde su nacimiento se hizo cargo de su manutención, vestuario y siempre veló por la satisfacción de sus necesidades básicas; siendo calificada mediante dictamen proferido por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. el 23 de septiembre de 2019 con una pérdida de capacidad laboral del 82.60%, por las patologías de *otras esquizofrenias, otros trastornos mentales especificados debido a la lesión y disfunción cerebral y enfermedad física, y epilepsia*, con fecha de estructuración 23 de marzo de 2000, misma pericia en la que se señala que dichas patologías se

presentan desde los 13 años, padecimientos que han venido deteriorando su estado de salud físico y mental hasta tener el grado de agresividad con sus familiares y terceros.

Continúa exponiendo que desde su nacimiento la señora GLORÍA ESTELLA DÍAZ ROMERO siempre dependió económicamente de su padre RICARDO DÍAZ (q.e.p.d.) hasta la fecha del fallecimiento. En esa medida, refiere su apoyo judicial que la demandante solicitó ante el FONCEP el 23 de diciembre de 2019, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante Resolución SPE-GDP No. 000203 de 13 de marzo de 2020, arguyendo que GLORÍA ESTELLA DÍAZ ROMERO, se había emancipado de su padre, por tanto, desvirtuó uno de los requisitos para hacerse beneficiaria del derecho pensional pretendido; igualmente, la enjuiciada exigió en el momento del estudio pensional que se probará la convivencia y sus extremos entre el causante y su hija GLORÍA ESTELLA DÍAZ ROMERO, situación que no está contemplada en la Ley 100 de 1993, esto es, demostrar convivencia con su progenitor.

En otro giro, relata que GLORÍA ESTELLA DÍAZ ROMERO tuvo 4 hijos de los cuales no se conoce su paradero ni se conoce el padre de ellos y que si bien fue afiliada al sistema de salud a través de Capital Salud EPS desde el día 1º de abril de 2008, ello lo fue por una categorización administrativa que impuso el Estado, lo cual no desvirtúa su dependencia económica frente a su padre. Además, informa que el acto administrativo que niega el derecho pensional fue recurrido, sin embargo, mediante Resolución SPE GDP No. 00409 del 13 de mayo de 2020, mantuvo su decisión.

En vista de tal decisión, por intermedio de apoderado judicial interpuso acción de tutela con el objeto de que se garantizaran sus derechos fundamentales y la aplicación de perspectiva de género, la cual fue denegada en primera instancia y modificada en segunda instancia en el sentido de declararla improcedente. Finalmente, reitera la activa que la señora GLORÍA ESTELLA DÍAZ ROMERO tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes desde la fecha

del deceso del señor RICARDO DÍAZ (q.e.p.d.), junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. (f. 1 a 9 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El FONCEP al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que si bien la señora GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO, en calidad de hija del causante RICARDO DIAZ, cumple con los requisitos de porcentaje de P.C.L. superior al 50%, de conformidad con la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y el informe investigativo No. COLCO-221247 emitido por COSINTE LTDA., se evidencia que existe emancipación de la persona discapacitada, lo que desvirtúa los requisitos para hacerse beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, dado que no se demostró dependencia económica de la solicitante con el causante para la época del deceso.

A su vez, propuso la excepción previa de indebida representación del demandante, la cual declaró no probada la Juez de instancia en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., llevada a cabo el 22 de noviembre de 2021, decisión que fue revocada por esta Corporación en auto adiado el 28 de febrero de 2022, ordenado al Juzgado de primer grado que adoptara las medidas pertinentes a efectos de subsanar la deficiencia reseñada, pudiendo conceder un plazo razonable a la señora EDDY AMANDA DIAZ ROMERO, a fin que acudiera ante el Juez de Familia para que autorizara su representación a favor de la señora GLORIA ESTELA DIAZ ROMERO en el presente asunto. (archivos 10, 11 y 17)

De la misma forma, inexistencia del derecho alegado por falta de requisitos exigidos en la ley, prescripción y la genérica. (f. 1 a 6 archivo 11).

Mediante proveído fechado el 24 de mayo de 2022, el Juzgado de origen dispuso obedecer y dar cumplimiento a lo ordenado por esta Colegiatura, agregando en ese mismo proveído que al revisar el expediente se advertía que la apoderada de la parte actora, había aportado auto fecha el 19 de abril de 2022, mediante el cual el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá D.C., designó como apoyo judicial

provisional de la señora Gloria Stella Díaz Romero a su hermana Eddy Amanda Díaz Romero, subsanando de manera la indebida representación alegada por la demandada. Aspecto que reiteró la *a-quo* en audiencia efectuada el 25 de agosto de 2022, indicando que se tenía a la señora EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO como apoyo judicial provisional de la señora GLORIA STELLA DÍAS ROMERO, de conformidad con lo decidido por el referido Juzgado de Familia de Bogotá, subsanándose la indebida representación alegada por la demandada, decisión ante la cual la pasiva no realizó objeción alguna. (archivos 20 y 21)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de julio de 2023, declaró que la señora GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de hija invalida del causante señor RICARDO DÍAZ, de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del fallecimiento de este último, esto es, el 25 de enero de 2016. En esa medida, condenó al FONCEP, a reconocer y pagar la sustitución pensional a la señora EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO, quien actúa en calidad de curadora provisional de la señora GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO la sustitución pensional respecto del causante RICARDO DÍAZ en proporción del 100% de la prestación que se sustituye, junto con el retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 23 de diciembre de 2016 por 14 mesadas al año.

Además, condenó al FONCEP a reconocer y pagar a la señora EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO, quien actúa en calidad de curadora provisional de la señora GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 23 de febrero de 2020 hasta cuando sea incluida en la nómina de pensionados, asimismo, autorizó al FONCEP a descontar lo correspondiente a aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada y no probadas las demás, y finalmente, la condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* señaló que el problema jurídico a resolver en el proceso en curso consistía en determinar si GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO es beneficiaria en su calidad de hija inválida del señor RICARDO DÍAZ y en consecuencia le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del 25 de enero del año 2016, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios o la indexación de las sumas adeudadas.

A continuación, hizo mención de la norma que regula la pensión de sobrevivientes en el caso de los hijos inválidos del causante, esto es, el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y también trajo a colación el artículo 38 de la Ley 100 de 1993. De otra parte, señaló que estaba acreditada la calidad de pensionado del causante al momento de su deceso, lo cual ocurrió el 25 de enero de 2016, según da cuenta el Registro Civil de Defunción y la Resolución GTP No. 00203 del 13 de marzo de 2020, mediante la cual se negó la prestación económica a la demandante, misma en la que se indicó que la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO reconoció la pensión de jubilación al *de cujus* a través de la Resolución No. 192 del 2 de marzo de 1990, a partir del 22 de enero de ese mismo año con una mesada inicial de $139.441,79, prestación que fue reliquidada en Resolución No. 1432 de 18 de septiembre de 2008.

A su vez, recordó que los argumentos del FONCEP para negar el derecho pensional a GLORIA ESTELLA DÍAZ, se centraban en la falta de acreditación de la dependencia económica de la reclamante, dada su afiliación al sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado y el informe emitido por COSINTE LTDA., en el que se determinó que existía una emancipación de la persona discapacitada lo que desvirtuaba una de los requisitos para hacerse beneficiaria del derecho pretendido, dado que no se encontró acreditada la dependencia económica de la solicitante respecto del causante para la época en que ocurrió el deceso.

Así las cosas, precisó que obraba en el plenario Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral practicado a la actora el 27 de septiembre de 2019, en el que fue calificada con una PCL del 82.60% de origen común, y que igualmente estaba demostrada su condición de hija del causante, aspectos tampoco fueron discutidos por las partes.

De modo que, la discusión se centraba en la dependencia económica de la gestora respecto del pensionado para momento de su fallecimiento, por lo que, al valorar los testimonios y el interrogatorio de parte rendido, conforme lo reglado en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., y los establecido en la sentencia SL1222 de 2022, se podía concluir que a la señora GLORIA ESTELLA DÍAZ le asiste derecho a la sustitución pensional, deprecada en su condición de dicha inválida.

Para tales fines, mencionó *in extenso* lo indicado por los testigos MARLENI RODRÍGUEZ, HECTOR RUIZ y JOSÉ RAMIRO GONZALEZ, quienes en síntesis manifestaron al unísono conocer a la señora GLORIA DÍAZ hace 48, 25 y 15 años, respectivamente, que vive en la casa de su padre con su hermana y que antes de esto vivía con su padre en ese mismo lugar, ya que dependía económicamente de éste porque sufre de ataques y problemas mentales, que nunca ha trabajado y que su progenitor era quien velaba por ella, que no tiene otros ingresos y que está afiliada a Capital Salud, y que no saben si ella tuvo cónyuge o hijos.

También trajo a colación el testimonio rendido por OMAR ROMERO quien refirió ser hermano de GLORIA ESTELLA, quien indicó que su padre era quien respondía en todo sentido por ella, la llevaba al médico, le reclamaba los medicamentos, incluso se los suministraba, acotando que en la actualidad ella reside con su otra hermana de nombre AMANDA por común acuerdo con los demás hermanos en la casa que dejó su padre, y que por falta de conocimiento su padre no la afilió como su beneficiaria en salud, igualmente, señaló que los hermanos le ayudan en su manutención con aproximadamente $50.000. Frente a la existencia de hijos de la señora GLORIA DÍAZ indicó que, en alguna oportunidad conoció a alguien que la engañó, abuso de ella, que no sabe el nombre de esta persona, con quien tuvo hijos y que además le daba mala vida, tan es así que alguna ocasión le reclamó

porque su hermana estaba golpeada, que convivió con esa persona entre los años 1978 o 1980, que no conoce los hijos que pudo haber procreado de quienes además la familia no sabe nada, porque ese señor al darse cuenta de las enfermedades de su hermana la abandonó y que por eso su padre se hizo cargo de ella, que ésta no tiene otros ingresos y por eso vive en la casa que era de su progenitor.

Acorde con lo expuesto, concluyó que dichas declaraciones resultaban convincentes, coherentes y revestían concordancia en el tiempo, siendo claro entonces que dada la condición médica de ESTELLA DÍAZ, consistente en trastornos mentales especificados debido a lesiones y disfunción cerebral y enfermedad física junto con epilepsia y otras esquizofrenias, lo que le generan pérdidas de la conciencia episódica con deterioro, como se diagnostica en el dictamen de pérdida de capacidad laboral; siendo evidente que su condición es permanente, sin olvidar que además la fecha de estructuración de su invalidez, se fijó para el 23 de marzo del año 2000.

Es decir, que dicha calenda data de 16 años antes del deceso de su progenitor, a lo que se suma que ante la falta de capacidad de la señora GLORIA DIAZ es que el causante en su calidad de padre se encargó de su cuidado, y era quien la proveía económicamente en sus necesidades, cuidado y protección lo cual perduró hasta el día de su fallecimiento, es decir, el 25 de enero de 2016, encontrando acreditado el requisito de dependencia económica de GLORIA ESTELLA DÍAZ respecto del causante, conforme lo indicado en sentencia SL 2992 de 2022, que señala que no se pueden imponer condiciones diferentes a las establecidas en la ley, que signifiquen obstáculos para la eficacia del derecho a la Seguridad Social.
Enfatizando respecto a la existencia de hijo o un compañero o pareja de la señora GLORIA DÍAZ, que no se tenía noticia de estos, pues la convivencia solo ocurrió entre los años 1978 y 1980, hechos que no le impiden ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, al ser claro que para el momento del fallecimiento de su padre dependía en un todo del causante, cumpliéndose así los requisitos de ley para acceder a la prestación, lo cual tampoco lo trunca el hecho de no ser beneficiaria del pensionado en el sistema de salud. En consecuencia, al estar

acreditada la dependencia económica de la hija invalida respecto del pensionado fallecido al momento de su deceso, accedió al reconocimiento pensional solicitado.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que la señora EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO, como representante en apoyo transitorio provisional de GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO, por medio de apoderada especial solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en condición de hija invalida del causante el 23 de diciembre de 2019, quien falleció el 25 de enero de 2016, añadiendo que el trámite administrativo concluyó con la notificación de la Resolución GDP No. 000409 de 13 de mayo de 2020, el 15 de mayo de 2020 y que la presente demanda fue radicada el 24 de febrero de 2021, operando así el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas causadas entre el 25 de enero y el 23 de diciembre de 2016, declarando probado parcialmente dicho medio exceptivo. Igualmente, señaló que la prestación debía reconocerse a razón de 14 mesadas al año, ya que la pensión no se vio afectada con las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2005.

Respecto a los intereses moratorios señaló que los mismos proceden una vez vencido el plazo de dos meses después de presentar la reclamación para el reconocimiento de la prestación, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1º de la Ley 717 de 2001, en este orden de ideas, al tener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 una connotación resarcitoria y no sancionatoria ante la tardanza en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad, con independencia de las razones que se aduzcan en la sede administrativa, conforme se ha dicho, entre otras, en sentencia de SL2772 de 2021, determino que los mismos procedían desde el 23 de febrero de 2020, absolviendo del pago de intereses y condenando al pago de costas a la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Al respecto, señala que como ya lo había indicado desde la contestación de la demanda, en el presente asunto la GLORIA ESTELLA DÍAZ no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación que reclama, al no cumplir todos los supuestos establecidos en el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en tanto se encontraba legalmente emancipada de sus padres, siendo a partir de esa situación que no se demuestra la dependencia económica, pues tuvo un compañero permanente y adicionalmente procreó cuatro hijos, conformando así un núcleo familiar diferente, razón por la cual las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

De otra parte, solicita en caso de ser confirmado el fallo de instancia, se revoque la condena por intereses moratorios teniendo en cuenta que si bien la jurisprudencia ha indicado que el pago de los intereses moratorios se ordena con independencia de la buena fe o el actuar del demandado. También lo es que en sentencia No. 42783 de 2012, se dijo que se tienen que tener en cuenta las diferentes circunstancias que puedan concurrir frente a las entidades administradoras de pensiones y en el presente caso se tiene que tener en cuenta que existían en su momento fundamentos suficientes para que la entidad negara la prestación a la demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si ante el fallecimiento del pensionado RICARDO DIAZ (q.e.p.d.), procede el

reconocimiento y pago de la sustitución pensional en beneficio de su hija, señora GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO; en caso afirmativo, se verificará la procedencia de la condena por intereses moratorios.

c. De la calidad de pensionado del causante:

Previo a abordar el fundamento del *sub-examine*, es menester precisar que en esta instancia no es objeto de discusión que la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO mediante Resolución No. 192 del 2 de marzo de 1990, le reconoció al señor RICARDO DÍAZ pensión de jubilación en monto de $139.441.79 a partir del 22 de enero de 1990, la cual fue reliquidada en suma de $158.034 a partir del 8 de octubre de 2000 en cumplimiento de sentencia judicial a través de Resolución No. 1432 de 18 de septiembre de 2008, según se indica en Resolución SPE - GDP No. 000203 de 13 de marzo de 2020 en la que se negó la pensión de sobrevivientes deprecada. Igualmente, se encuentra acreditado que el mencionado pensionado falleció el 25 de enero de 2016, tal como se colige del registro civil de defunción que obran en el informativo. (f. carpeta 12ExpedienteAdministrativo archivo denominado *315150 anexo 01.pdf* y f. 56 archivo 01).

De la misma forma, conviene mencionar que tampoco se discute que con ocasión del fallecimiento del señor RICARDO DÍAZ (q.e.p.d.), se presentó a reclamar la sustitución pensional la señora EDDY AMANDA DIAZ ROMERO en condición de representante en apoyo transitorio o provisional de GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO quien es hija del causante, prestación que fue denegada dado que si bien la solicitante había sido calificada con una PCL del 82.60% con fecha de estructuración de 23 de marzo de 2000, no acreditaba el requisito de dependencia económica ya que se encontraba afiliada como cabeza de familia en Capital Salud EPS desde el 1º de abril de 2008, y tiene cuatro hijos mayores de edad de quienes se desconoce su paradero actual y el de su padre, luego existe una emancipación de la persona discapacitada que desvirtúa los requisitos para acceder al derecho pretendido para la época en que ocurrió el deceso del causante, así se indica en la precitada Resolución SPE - GDP N° 000203 de 13 de

marzo de 2020, decisión que fue confirmada en Resolución SPE - GDP N° 000409 de 13 de mayo de 2020. (f. 66 a 71 y 79 a 83 archivo 01)

De la misma forma, se constata que la accionante presenta una pérdida de capacidad laboral del 82.60% por los diagnósticos de otras esquizofrenias, otros trastornos mentales especificados debido a lesión y disfunción cerebral y a enfermedad física y epilepsia, de origen común y fecha de estructuración del 23 de marzo de 2000, según dictamen emitido el 23 de septiembre de 2019 por la Subred Integrada de Servicios de Salud del Norte. A su vez, se encuentra acreditado que la señora GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO es hija del pensionado fallecido, de acuerdo al registro civil de nacimiento que milita en el expediente. (f. 45 a 47 y 48 a 49 archivo 01)

d. De la pensión de sobrevivientes y los intereses moratorios:

Así las cosas, se advierte que conforme a lo ha adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del óbito del causante, por tanto, en virtud a que el fallecimiento del causante señor RICARDO DÍAZ (q.e.p.d.) se dio el 25 de enero de 2016, como viene de verse, la normatividad aplicable al presente caso será la referente a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

"c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez*. Para determinar cuando hay* invalidez *se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;"*

Entre tanto, el referido artículo 38 del mismo compendio normativo, señala sobre el estado de invalidez que se *"considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral".* De lo anterior, se puede concluir que los hijos mayores de edad en condición de invalidez son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1704-2021, radicación No. 68725 de 17 de marzo de 2021, expuso sobre los requisitos de la condición de hijo inválido como beneficiario de la pensión de sobrevivientes:

"En esa perspectiva, la Sala reitera que los únicos requisitos necesarios para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte del ascendiente en el caso de los hijos mayores de edad afectados de invalidez como es el caso de la accionante son: el parentesco, el estado de invalidez y la dependencia económica respecto del progenitor. Por tanto, no se pueden imponer condiciones diferentes a las referidas que signifiquen obstáculos para la eficacia del derecho a la seguridad social."

2. Criterios jurisprudenciales para la acreditación de la dependencia económica en la pensión de sobrevivientes

La Corte ha explicado que la dependencia económica se estructura a partir de aportes ciertos, regulares y periódicos de los padres hacia los hijos, además de significativos y proporcionalmente representativos, en perspectiva de los ingresos totales del familiar beneficiario de la pensión de sobreviviente, de modo que se establezca una verdadera relación de subordinación económica y, por tanto, se descarte una autosuficiencia

económica a partir de otros ingresos. En ese sentido, en la sentencia CSJ SL5605 de 2019, la Corporación expresó:

Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:

a) La dependencia económica debe ser:

- Cierta y no presunta:

«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».

- Regular y periódica

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario;

- Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios

"se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia".

Ahora, nótese que la censura armoniza inadecuadamente el concepto de dependencia económica con el de derecho de alimentos. Sobre este último, el artículo 411 del Código Civil dispone las personas a quienes por ley se les deben alimentos, quién los debe asumir y se precisa que una de ellas es el «ascendiente» por parte de su descendiente, a quien debe suministrarse alimentos congruos, es decir aquellos que permiten que el beneficiario pueda subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, tal y como lo precisan los preceptos 413 y 414 ibidem."

A su vez, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL4329-2021, radicación No. 81730 de 11 de agosto de 2021, además de reiterar los lineamientos antes referidos, sobre los presupuestos para la concesión de la

pensión de sobrevivientes a los hijos en condición de invalidez, expuso sobre el examen de la dependencia económica lo siguiente:

> *"Igualmente, en relación con la pensión de sobrevivientes a favor de un hijo en condición de invalidez, la Corte ha indicado que la misma se reconoce cuando al momento de la muerte del causante se cumplen dos requisitos: (i) la dependencia económica y (ii) se acredita el estado de invalidez del beneficiario a la data del deceso (CSJ SL494-2021). Dichos requisitos deben analizarse al momento del deceso del causante y la dependencia no tiene que ser total o absoluta (CSJ SL1704-2021).".*
>
> (…)
>
> *"Por ello, cada caso en particular debe analizarse con especial cuidado, bien sea por parte de la entidad de la seguridad social o del operador judicial, a fin de determinar si debido a tal actividad laboral o productiva se desvirtúa la dependencia económica del beneficiario con el causante, necesaria para el acceso a la pensión de sobrevivientes."*

En cuanto a la valoración de los medios de prueba, conviene traer a colación lo sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL3175-2023, radicación No. 98754 de 18 de octubre de 2023, en la que se indicó sobre el asunto:

> *"Previamente al estudio de los medios de convicción del proceso que la recurrente indica como mal apreciados y atendida la vía por la cual se orienta el cargo de su demanda, importa a la Corte recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en los juicios del trabajo los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 ibidem les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad sustantiam actus, pues en tal caso «no se podrá admitir su prueba por otro medio», tal y como expresamente lo establece la primera de las citadas normas."*

En otro giro, frente a la procedencia del pago de intereses moratorios, el órgano de cierre de esta especialidad ha señalado en su reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia SL299-2024 con radicación No. 98736 de 28 de febrero de 2024, lo siguiente:

"De otro lado, es menester memorar que la jurisprudencia de esta Corte ha enseñado que aplican a todo tipo de pensiones legales, siempre que hubieren sido reconocidas con posterioridad a la entrada en vigor del sistema general de pensiones."

Postura que reitera en sentencia SL686-2024 con radicación No. 92944 de 19 de marzo de 2024, en la que *dijo "Para dirimir el asunto, basta con señalar que efectivamente el sentenciador de segundo grado erró al imponer condena por los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que esta corporación tiene el criterio consolidado y pacífico, según el cual, cuando se está en presencia de prestaciones de orden extralegal, es decir, no previstas por el Sistema General de Pensiones implementado por la citada ley de seguridad social, no son viables, toda vez que su carácter convencional no cambia por el hecho de que pretenda la trasmisión del derecho por muerte del titular."*

e. Del caso en concreto

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula caso bajo estudio, procede la Sala a examinar de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, a efectos de verificar la procedencia de la concesión de la prestación pensional deprecada por parte de la promotora de la litis, en especial lo referente a la acreditación del presupuesto de dependencia económica de acuerdo con los argumentos esgrimidos en la apelación.

En punto de lo anterior, y como viene de verse se encuentra probado que la demandante GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO es hija del pensionado RICARDO DÍAZ (q.e.p.d.) y que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 82.60% la que se estructuró el 23 de marzo de 2000, a razón de los diagnósticos de otras esquizofrenias, otros trastornos mentales especificados debido a lesión y disfunción cerebral y a enfermedad física y epilepsia, los cuales son de origen común; por ende, se han avalado dos de los tres requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, quedando pendiente por establecer el tercero de ellos, esto es, el de la dependencia económica de la actora frente a su progenitor al momento de su deceso.

Al respecto, obra consulta al RUAF en la que se indica que GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO se encuentra afiliada en el régimen subsidiado en Capital Salud EPS como cabeza de familia desde el 1º de mayo de 2010 (f. 38 a 39 archivo 01)

Asimismo, se recibió el testimonio de MARLENY RODRIGUEZ, quien sostuvo que conoce desde niña a GLORIA ESTELA DÍAZ, esto es, hace 48 años porque vive en el mismo barrio y en la misma cuadra en el barrio Las Lomas en la casa de su padre, lugar en donde vive con la hermana AMANDA DÍAZ, agregando que antes del año 2016 ya vivía allí en esa casa con su padre, señor RICARDO DÍAZ con quien siempre convivió y del cual dependía económicamente, además expuso que desde la edad de 15 años ella sufría de ataques y tenía problemas mentales, por lo cual su padre era quien suplía todos sus gastos.

Destacó que la señora EDDY AMANDA no labora porque GLORIA ESTELLA depende de una persona que esté a cargo de su cuidado, ya que no se puede valer por sí misma, y que en la actualidad sus necesidades las suplen sus hermanos, quienes le colaboran en lo que pueden, por cuanto también tienen familia; destaca además que se encuentra afiliada en el Sisben en Capital Salud EPS.

De otro lado, señala que hasta donde conoce a GLORIA ESTELLA, ella no tiene esposo y de hijos tampoco le consta, porque siempre la miró sola y viviendo con su padre y en la actualidad con la hermana, quien la que cuida.

Por su parte, el testigo HÉCTOR RUIZ PARDO refirió que conoce a la señora a GLORIA ESTELLA hace más de 25 años porque es su vecina en el barrio Las Lomas, en donde vive en la actualidad con su hermana; que para el año 2015 o 2016 convivía con el padre de nombre RICARDO DÍAZ, quien ya falleció; que cuando ella vivía con él no trabajaba porque dependía únicamente de su progenitor al padecer de trastornos mentales.

A su vez, sostuvo que la hermana no labora y que los hermanos cubren los gastos básicos de GLORIA ESTELLA, quien no tiene ningún ingreso adicional y que está afiliada en Capital Salud; no le consta que haya procreado hijos.

El señor JOSÉ RAMIRO GONZÁLEZ PASCUAS en su declaración manifestó que conoce a la señora GLORIA ESTLLA DIAZ hace 15 años, porque sus padres eran muy cercanos al señor RICARDO DÍAZ y que la gestora vive en la actualidad con su hermana de nombre AMANDA DÍAZ, quien no labora pues se dedica a cuidar a GLIRA ESTELLA, quien tampoco labora toda vez que padece de una enfermedad mental; relata que estaba bajo el cuidado de su padre RICARDO DÍAZ, quien solventaba sus gastos y estaba pendiente de sus citas médicas, acotando que en la actualidad son sus hermanos quienes les colaboran, indicando que su padre no la afilió al Sistema de Seguridad Social tal vez por ignorancia y por eso está afiliada en Capital Salud. Asimismo, refirió que no le consta que tuviera hijos o compañero permanente.

El testigo OMAR EDUARDO DÍAZ ROMERO, refirió conocer a la señora GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO, porque es su hermana y que convivía con su padre cuando estaba vivo, quien además era quien respondía en todo sentido por su hermana, tanto en lo económico como en el tema de su salud. A su vez, señaló que, en consenso con todos sus hermanos, decidieron que GLORIA ESTELLA conviviera con su hermana EDDY AMANDA, quien la representa en todo, aclarando que ellas viven solas en la casa que dejó su padre, y que no fue afiliada al sistema general de salud por parte de su padre por ignorancia; finamente que los gastos de GLORIA ESTELLA en la actualidad son solventados por los hermanos, quienes le aportan $50.000 cada uno.

Al ser indagado por los hijos que tuvo la señora GLORIA ESTELLA indica que sí tuvo hijos, empero lamentablemente no conocen su paradero por cuanto el padre al percatarse de los padecimientos de salud de su hermana, resolvió abandonarla. Igualmente, mencionó que la actora no tiene ingresos.

Al preguntársele por el nombre del padre de los hijos de GLORIA ESTELLA, dijo no recordarlo, pero que conocía del presunto maltrato del que era objeto su hermana. Igualmente, menciono que su hermana si convivió con el papá de sus hijos, acotando que no podía indicar la fecha exacta.

Finalmente, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante GLORIA ESTELLA DIAZ ROMERO con el apoyo judicial provisional de la señora EDDY AMANDA DIAZ ROMERO, la cual dijo que no tiene hijos y que no tuvo esposo, que no sabe de la existencia de unos hijos de nombre IVÁN, CAROLINA, CRISTIAN Y NURIA.

Bajo ese escenario, advierte la Sala que la demandante nació el 29 de abril de 1968, según da cuenta la copia de su registro civil de nacimiento (f. 48 archivo 01), lo que quiere decir que, para el 23 de marzo de 2000, fecha en la que se estructuró su estado de invalidez contaba con 31 años.

En cuanto a la dependencia económica de GLORIA ESTELLA DIAZ ROMERO respecto de su progenitor, se tiene que desde la demanda se afirma que dependía totalmente de su padre desde su nacimiento, quien se hizo cargo de su manutención, velando así por sus necesidades básicas y sus cuidados médicos, tal como lo expusieron al unísono los referidos testigos quienes fueron contestes en aseverar, que esa situación se mantuvo hasta el momento del deceso del pensionado, pues recuérdese que se dijo que era quien estaba al tanto de los cuidados médicos de la gestora y de sus demás necesidades.

Frente a la razón que generó la negativa por parte de la encartada respecto al reconocimiento pensional, se advierte que, si bien la actora en el interrogatorio de parte a ella practicado señaló que nunca tuvo esposo e hijos, no puede soslayarse que además de las consecuencias que pueden conllevar los diagnósticos de la actora en cuanto a la realidad de su entorno; el testigo OMAR EDUARDO DÍAZ ROMERO, quien es hermano señaló que ella tuvo una pareja con el cual procreo unos hijos, y que no se tiene noticia de ninguno de ellos, ya que cuando el compañero de la señora GLORIA ESTELLA DIAZ ROMERO se dio cuenta

de sus quebrantos de salud la abandonó, momento a partir del cual quedó al cuidado de su progenitor hasta el óbito de aquel.

Razón por la cual no son de recibo para la Sala los argumentos de la impugnante quien alega una supuesta emancipación de la promotora respecto del padre pensionado, pues si bien arguyó el testigo que la promotora convivió con la pareja, lo cierto es, que para el año 2000 fecha en la que se estructuró la invalidez ella ya contaba con 31 años, es decir, que esa situación pudo ocurrir muchos años antes que quedara a cargo de forma definitiva del padre pensionado, luego, es palmario que a la calenda de la muerte del pensionado dependía económicamente de este, requisito que en últimas junto con la acreditación del estado de invalidez, es relevante para que el hijo inválido acceda a la pensión de sobrevivientes.

En resumidas cuentas, para esta Corporación de las probanzas aquí analizadas se puede determinar, como bien lo concluyó la Juez de instancia, que la actora dependía económicamente del causante al momento de su óbito, dado que se probó que la ayuda que le suministraba a su hija era de tal relevancia como para concluir que dependencia económicamente de él, ya que sin esa ayuda se vio afectada su estabilidad económica al faltar su progenitor quien era el que la suministraba, pues recuérdese que a razón de su condición de salud no le era posible acceder a un trabajo, que le permitiera sustentarse y ser del todo autosuficiente, pues se dijo que en la actualidad son sus hermanos en la medida de sus posibilidades quienes le ayudan con algunos de sus gastos; luego, se acreditó el tercer presupuesto que se exige para acceder a la pensión de sobrevivientes que se reclama en el *petitum*, consistente en la dependencia económica de la reclamante respecto del pensionado fallecido.

En virtud de todo lo anterior, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar la sentencia de primer grado que concedió la sustitución pensional a la demandante de acuerdo con las razones antes expuestas, sin que sea dable analizar otros aspectos puntuales de la prestación en atención a que no fueron objeto de inconformidad por parte de la impugnante.

En virtud de lo anterior, considera la Sala necesario efectuar algunas precisiones, pues como se explicó en inicio el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá D.C. en proveído adiado el 19 de abril de 2022, designó como apoyo transitorio o provisional de la señora GLORIA STELLA DÍAZ ROMERO a su hermana EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO, para que adelantara las gestiones judiciales del caso para obtener de la pensión que aquí reclama a la enjuiciada.

De modo que, estima la Sala necesario modificar el numeral segundo de la sentencia de instancia, pues es a la señora GLORIA STELLA DÍAZ ROMERO a quien se le reconoce el derecho y por ende, el pago de la prestación y no a su hermana como lo ordenó la *a-quo*, ya que de otra forma sería entender que la merecedora del derecho es la segunda, pues recuérdese que según el artículo 6º de la Ley 1996 de 2019, las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos, por lo que en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona. Luego, a efectos de poder acceder al pago efectivo podrá hacerlo con apoyo de su hermana EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO quien funge en tal condición de forma transitorio o provisional, o de quien actúe en tal calidad en determinado caso.

Finalmente, frente al disenso que manifiesta la parte demandada frente a la condena por intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conviene memorar que la prestación que se sustituye fue reconocida al señor RICARDO DÍAZ por la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO mediante Resolución No. 192 del 2 de marzo de 1990, en la que le reconoció pensión de jubilación en monto de $139.441.79 a partir del 22 de enero de 1990, la cual fue reliquidada en suma de $158.034 a partir del 8 de octubre de 2000 en cumplimiento de sentencia judicial a través de Resolución No. 1432 de 18 de septiembre de 2008, según se indica en Resolución SPE - GDP N° 000203 de 13 de marzo de 2020 en la que se negó la pensión de sobrevivientes deprecada.

Dicho esto, y más que hacer un análisis frente a la buena o mala fe de la entidad demandada, o los motivos que tuvo para negar la pensión como lo sostiene en la apelación, como esta misma lo indica hay una circunstancia especial para no acceder al pago de tal concepto, y es el hecho de que la pensión que se ordena transmitir en esta ocasión fue reconocida con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, por ende, no son procedentes los intereses moratorios deprecados, motivo por el cual se revoca la condena impuesta en tal sentido y en su lugar se ordena la indexación de las mesadas adeudadas hasta que se genere su pago efectivo.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada al haber prosperado de forma parcial el recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 11 de julio de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó al FONCEP a reconocer y pagar a la señora EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO, quien actúa en calidad de curadora provisional de la señora GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO la sustitución pensional del causante RICARDO DÍAZ en proporción del 100% de la prestación que se sustituye, junto con el retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 23 de diciembre de 2016 por 14 mesadas al año, conforme lo considerado en esta sentencia.

Para en su lugar, condenar al FONCEP a reconocer y pagar a la señora GLORIA ESTELLA DÍAZ ROMERO, la sustitución pensional del causante RICARDO DÍAZ en proporción del 100% de la prestación que se sustituye, junto con el retroactivo

de las mesadas pensionales causadas desde el 23 de diciembre de 2016 por 14 mesadas al año, conforme lo considerado en esta sentencia; pago efectivo al que podrá acceder con el apoyo de su hermana EDDY AMANDA DÍAZ ROMERO quien funge en tal condición de forma transitorio o provisional, a quien actúe en tal condición de ser el caso, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia de primer grado que condenó al pago de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por las razones antes explicadas.

Para en su lugar condenar a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la indexación de las mesadas adeudadas hasta que se genere su pago efectivo, el que debe efectuarse a la promotora en la forma que se explicó en el numeral anterior.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 29 2021 00486 01**
Demandante: ÁNGELA MARÍA BASTOS CASTILLA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ÁNGELA MARÍA BASTOS CASTILLA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de allí que su prestación deba ser reconocida bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta el principio de favorabilidad o condición más beneficiosa.

Por consiguiente, se le ordene a la entidad encartada el pago de la pensión de vejez según disposición del Decreto 758 de 1990, junto con la cancelación de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTOS FÁCTICOS:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que inició su vida laboral en el año de 1980, por tanto, para el mes de septiembre de esa misma anualidad se afilió al sistema general de pensiones por intermedio del extinto ISS.

Que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994, contaba con 37 años de edad y más de 300 semanas de cotización, así como que, para el mes de agosto de 1999, sin contar con una asesoría, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A. bajo la promesa de mejores prebendas que COLPENSIONES.

Que por cuenta de su empleador ESCUELA COLOMBIANA DE INGENIERÍA, fue afiliado a COLPENSIONES en el mes de enero de 2004.

Seguidamente, relató que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas, por lo que teniendo en cuenta su condición de beneficiaria del régimen transicional dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, adquirió derecho a la pensión de vejez bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Que COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 291331 del 21 de agosto de 2014 le reconoció pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003, sin tener en cuenta que era beneficiaria del régimen de transición, argumentándose que, si bien había retornado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a la entrada en vigencia de la Le 100 de 1993 no contaba con 15 años de servicios.

Expuso que nació el 29 de abril de 1956, contando con más de 35 años de edad al 1º de abril de 1994, cumpliendo 55 años el mismo día y mes de la anualidad

2011, así como que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por única vez, retornando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida durante el periodo de gracia dispuesto en el artículo 2º de la Ley 7997 de 2003 y el artículo 1º del Decreto 3800 de 2004, recuperando los beneficios del régimen de transición, siendo beneficiaria del mismo inclusive con los parámetros del Acto Legislativo 01 de 2005.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que la demandante se trasladó con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A., retornando posteriormente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; circunstancia por la cual, de conformidad con lo reglado en las sentencias C-789 de 2002, SU-062 de 2010, en concordancia con el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 3995 de 2018, se otorgó la oportunidad para aquellas personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ostentaran 15 años de servicios o 750 semanas, conservaran el régimen de transición.

Sin embargo, la señora ÁNGELA MARÍA BASTOS CASTILLA no acreditó los 15 años de servicios a dicha data, pues de conformidad con la historia laboral, para el 1º de abril de 1994 contaba con 301 semanas cotizadas al extinto ISS.

De otro lado, aceptó el hecho que mediante Resolución GNR 291331 del 21 de agosto de 2014 a la demandante le fue reconocida pensión de vejez en los términos de que trata la Ley 797 de 2003, como quiera que no tenía derecho a la aplicación del régimen de transición, prestación que le fue otorgada a partir del 1º de septiembre de 2014 con una mesada de $2.463.376, teniendo en cuenta 1.391 semanas, un IBL de $3.675.583 y una aplicabilidad de tasa de reemplazo del 67.02%.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de junio de 2023, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que dentro del proceso quedó plenamente acreditado que la demandante nació el 29 de abril de 1956, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 37 años de edad, siendo en principio beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se puso fin al régimen de transición a partir del 31 de julio de 2010, consagrándose una excepción en su Parágrafo 4º, es decir, que para aquellos afiliados que tuviesen 750 semanas cotizadas a la fecha en que entró a regir dicho precepto normativo se extendería el régimen transicional hasta el 31 de diciembre de 2014, de allí que la demandante al 29 de julio de 2005 contaba con 874.19 semanas.

A pesar de ello, recalcó la falladora de primer grado que la demandante con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, efectuó un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que, teniendo en cuenta los postulados emanados por la Corte Constitucional en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-130 de 2013, allí se determinaron unas reglas de aplicabilidad para la preservación o no del régimen de transición, las cuales de manera general exponen que para ser beneficiarios del régimen transicional luego del retorno al Régimen de Prima

Media con Prestación Definida, al 1º de abril el afiliado debía acreditar 15 años de servicios.

Por tal razón, coligió la *a-quo* que la aquí demandante señora ÁNGELA MARÍA BASTOS CASTILLA no era beneficiaria del régimen de transición, en tanto, al 1º de abril de 1994 no acreditó 15 o más de servicios, por lo que absolvió sobre las súplicas de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Insistió en su alzada ser beneficiaria del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 reunía el cúmulo de semanas exigidas por la ley y la jurisprudencia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal, si la aquí demandante señora ÁNGELA MARÍA BASTOS CASTILLA es beneficiaria del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para así dar aplicabilidad al reconocimiento pensional bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad como así lo estima en su *petitum*.

De salir avante lo anterior, se analizará la manera en que se reconocerá el derecho prestacional deprecado, junto con el análisis de la indexación e intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, es menester contextualizar los siguientes aspectos:

(i) Que la demandante nació el 29 de abril de 1956 según da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994, contaba con 37 años de edad (Fl. 41 – PDF 01 DEMANDA).

(ii) Que según se aprecia la historia laboral de COLPENSIONES actualizada al 28 de marzo de 2022, durante el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1980 y el 1º de abril de 1994, acreditó un total de 352.34 semanas al sistema general de pensiones (Fls. 41 a 60 – PDF 08 CONTESTACIÓN COLPENSIONES).

(iii) Que a demandante efectuó un traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuando su retorno nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto ISS en el año 2004 según da cuenta el documento denominado *"FORMULARIO DE VINCULACIÓN O ACTUALIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES"* (Fl. 68 – PDF 01 DEMANDA).

(iv) Que a la demandante COLPENSIONES mediante Resolución GNR 291331 del 21 de agosto de 2014 le reconoció pensión de vejez bajo los apremios de la Ley 797 de 2003, prestación que se otorgó teniendo en cuenta 1.391 semanas a partir del 1º de septiembre de 2014, en cuantía inicial de $2.463.376. Además, en dicho acto administrativo la encartada expuso la

improcedencia de dar aplicabilidad al régimen de transición a favor de la actora bajo el entendido que, de conformidad con lo dispuesto en los preceptos legales y los postulados jurisprudenciales emanados por la Corte Constitucional, no acreditó 15 años de servicios al 1º de abril de 1994 (Fls. 21 a 28 – PDF 01 DEMANDA).

(v) El anterior acto administrativo fue recurrido por la demandante en sede de reposición y subsidiariamente de apelación, el cual fue negado por la entidad mediante las Resoluciones GNR 106128 del 13 de abril de 2015 y GNR 238144 del 5 de agosto de 2015, con el mismo argumentado encaminado a que la actora perdió el régimen de transición por cuanto si bien retornó nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 2004, no acreditaba 15 años de servicios al 1º de abril de 1994 (Fls. 29 a 34 y 35 a 40 – PDF 01 DEMANDA).

(vi) Que mediante Resolución SUB 159183 del 8 de julio de 2021, COLPENSIONES reliquidó la pensión de la demandante que se le otorgó en los términos de la Ley 797 de 2003, por cuanto se sumaron tiempos públicos adicionales para un total de 1.401 semanas al sistema general de pensiones, lo que conllevó a que se determinara como primera mesada pensional al año 2018 en la suma de $3.121.564 (Fls. 56 a 67 – PDF 01 DEMANDA).

d. Del derecho a la reliquidación pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad:

Como ya se adujo, el demandante solicita una reliquidación pensional de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, pues arguye ser beneficiaria del régimen de transición.

Al respecto, precisa la Sala que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco

(55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

(i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o

(ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora, si bien la demandante en principio es beneficia del régimen de transición, como quiera que nació el 29 de abril de 1956, por lo que, al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, así como que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2009 (29 de julio de 2005) contaba con más de 750 semanas para ampliar el régimen transicional hasta el 31 de diciembre de 2014 según da cuenta su historia laboral, lo que daría cabida para analizar el reconocimiento pensional a la luz del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, no puede perderse de vista que efectuó un traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, retornando nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 2004.

En tal sentido, en lo que concierne a la conservación del régimen de transición después de retornar del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es

menester precisar que atendiendo las diferentes sentencias emanadas por la honorable Corte Constitucional tales como la C-789 de 2002, C-062 de 2010 y SU-130 de 2013, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que para el retorno a este régimen proveniente del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el requisito piramidal es el hecho que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994 para el caso de la aquí demandante, debiese acreditar 15 años o más de servicios, así lo rememoró en la sentencia SL12447-2015, Radicación No. 43278 del 15 de septiembre de 2015, traída a colación en la sentencia SL1155-2021, Radicación No. 74348 del 24 de marzo de 2021, última donde se indicó:

> *"En segundo lugar, se precisa que la doctrina jurisprudencial traída a colación al decidir el primer ataque establece que la condición necesaria para conservar el régimen de transición, para quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y luego retornaron al régimen de prima media con prestación definida, consiste en que el afiliado contara con al menos quince años de servicios al momento de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como se aprecia en las providencias CSJ SL12447-2015, CSJ SL6438-2015 y CSJ SL609-2013.*
>
> *En las decisiones referidas también se precisa que la conservación del régimen de transición no está condicionada a que «el traslado del capital del fondo privado no haya sido inferior al monto de los aportes que se hubiesen alcanzado de permanecer en el ISS o a que el traslado no se haga en el año siguiente de vigencia de la Ley 797 de 2003».*
>
> *En efecto, la primera providencia mencionada dice literalmente lo que sigue:*
>
> *En efecto, sobre esta temática, en la sentencia SL6438-2015, que retomó las consideraciones de la providencia CSJ SL 609- 2013, esta Sala dijo:*
>
> *"…Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL 609-2013, al estudiar una situación semejante a la presente, se puntualizó:*
>
> *(…)*
>
> *La controversia jurídica en esta acusación, se centra entonces en definir, si al haber retornado el demandante al Régimen de Prima Media recuperó el beneficio de la transición que había perdido con su traslado al Régimen de Ahorro Individual.*
>
> *Para el Tribunal en cuanto el actor a 1° de abril de 1994, fecha de entrada*

en vigencia del sistema general de pensiones tenía acumulados más de 15 años de servicios, podía recuperar el beneficio de la transición «con la única condición de que al momento del cambio de régimen trasladara a éste la totalidad del ahorro existente en la cuenta individual, sin que pueda exigírsele que el monto de los aportes efectuados sean equivalentes a los que se habrían cotizado de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, por tratarse de una condición imposible de cumplir, dadas las diferencias de manejo y distribución de la cotización establecidas legalmente y ajenas a la voluntad del asegurado, razón por la cual se inaplica el Decreto 3800 de 2003».

El casacionista por su parte estima que el Juzgador Ad quem interpretó erróneamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002 cuando se pronunció sobre la exequibilidad de los incisos 4° y 5° de dicho precepto, debía exigirse para la recuperación del régimen de transición que el ahorro efectuado el Régimen de Ahorro Individual «no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media».

Al respecto se ha de precisar que el tema de la equivalencia del aporte legal entre el ahorro realizado en el Régimen de Ahorro Individual respecto del que se hubiere efectuado en el Régimen de Prima Media si el afiliado hubiere permanecido en éste, para efectos de recuperar el régimen de transición, no ha tenido un tratamiento pacífico en la jurisprudencia por la complejidad que presenta.

Lo primero que se impone precisar es que de conformidad con lo previsto en el inciso 4° de la Ley 100 de 1993, y en armonía con la hermenéutica impartida por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, el régimen de transición se pierde cuando sus beneficiarios voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, "caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen".

Sin embargo, está prevista su recuperación, para aquellas personas que decidan retornar al Régimen de Prima Media, siempre y cuando a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieren 15 o más años de servicios o su equivalente en cotizaciones.

Ahora bien, el tema de la equivalencia de los aportes en uno y otro régimen como condición para la recuperación del régimen de transición fue contemplada por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, tuvo tratamiento normativo en el Decreto 3800 de 2003, y ha sido objeto de pronunciamientos por parte de esta Sala, como pasa a explicarse:

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

(…)

Cumple advertir que en la sentencia SU 130-13 la Corte Constitucional consciente de la disparidad de criterios sostenida en sus decisiones de tutela sobre el tema, y en un esfuerzo por trazar un derrotero para abordar el problema jurídico en sus distintas Sala de Revisión concluyó que:

«Bajo ese contexto, y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este tema, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1 ° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse 'en cualquier tiempo' del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición. Para tal efecto, deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, conforme quedó definido en la Sentencia C-062 de 2010, el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia, lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable».

El Decreto 3800 de 2003:

El Gobierno Nacional mediante el Decreto 3800 de 2003 que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, estableció en el artículo 3° que para recuperar el régimen de transición era menester:

a) Trasladar a prima media el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual, y

b) Que dicho saldo no fuera inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

Ese precepto fue objeto de una medida de suspensión provisional en auto de 5 de marzo de 2009, dictado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el proceso Rad. N° 1975-08, por ser manifiesta su inconformidad con la Constitución y la Ley al introducir nuevas condiciones para el cambio de régimen pensional.

Después, la misma Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en un proceso distinto, el radicado bajo el número 1095-07, declaró la nulidad parcial del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, mediante sentencia de 6 de abril de 2011, donde en la parte resolutiva dispuso:

«DECLÁRASE la nulidad de las expresiones 'cumplan con los siguientes requisitos:', 'a)', 'y b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último", así como del inciso final que dispone que 'Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional' contenidas en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 expedido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993».

Señaló el Consejo de Estado:

«… con las exigencias allí previstas, el ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Carta, en consideración a que la norma reglamentada y el decreto no están referidos al mismo tema y el reglamentario no se ciñe en un todo a la materia regulada. Tampoco el artículo reglamentado ni la jurisprudencia constitucional que hace tránsito a cosa juzgada se refieren a la equivalencia entre el saldo y los rendimientos entre ambos regímenes pensionales para que pueda proceder legalmente el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de aquellos afiliados señalados en el decreto, como sí se hizo en los apartes objeto de la demanda».

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

La Corte Suprema de Justicia sobre este tema ha mantenido una línea jurisprudencial uniforme, que tiene el carácter de reiterada. Ha considerado entre otras en sentencias de 31 de enero de 2007, rad. 27465; 1° de diciembre de 2009, rad. 36301; 9 de marzo de 2010, rad. N° 35406; y 14 de noviembre de 2012, rad. 38366, que los beneficiarios del régimen de transición que migraron al régimen de ahorro individual con solidaridad y posteriormente deciden regresar al de prima media con prestación definida, recuperan los beneficios de la transición siempre que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones, el 1º de abril de 1994, tuvieren 15 o más años de servicios cotizados.

No ha exigido el requisito de la equivalencia de aportes, porque ha considerado que se trata de condicionamientos no establecidos por la ley. En la sentencia rad. 35406 ya citada, dejó esta Corporación las siguientes enseñanzas:

«En realidad, la solución que se pretendió ofrecer a las personas que se encontraron ante un panorama como el descrito, a través de la sentencia C-789 de 24 de septiembre de 2002, se tradujo, prácticamente, en la imposibilidad de recuperar los beneficios del régimen de transición, pues al exigir que, además de retornar al régimen de prima media, y de trasladar todo el importe efectuado en el régimen de ahorro con

solidaridad, dicho ahorro debía ser, por lo menos, igual 'monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media', pretextando proporcionalidad y salud financiera del sistema, introdujo unos condicionamientos no establecidos por la Ley.

Tan es así, que la propia Corte Constitucional en un pronunciamiento posterior en sede de tutela, reconoció la imposibilidad comentada, al concluir que siempre será mayor el porcentaje destinado a financiar la pensión de vejez en el régimen de prima media, que en el de ahorro individual (T-818/07)».

El anterior panorama permite a la Sala concluir, que no resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del régimen de ahorro individual al de prima media, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador." *(negrillas por esta Sala).*

Posición que se ha mantenido recientemente, como es el caso de la sentencia SL2787-2023, Radicación No. 93366 del 15 de noviembre de 2023, entre otras.

Bajo este entendimiento, puede colegir la Sala que con ocasión del traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y luego haber retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 2004, al 1º de abril de 1994 debió acreditar 15 o más años de servicios según disposición emanada tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, requisito que no cumplió como quiera que tenía una densidad de semanas de 352.34; circunstancia por la cual, no hay lugar a que la señora ÁNGELA MARÍA BASTOS CASTILLA pueda recuperar el régimen de transición reglado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, en tal sentido, habrá de confirmarse la absolución de primera instancia.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $300.000 a favor de COLPENISONES, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **30 2022 00225 01**
Demandante:	JAIRO GÓMEZ BORRERO
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.614.551 y T.P. 246.554 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2024 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIRO GÓMEZ BORRERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de declararse la ineficacia y nulidad de traslado que realizara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. en el mes de noviembre de 1998 y, a razón de ellos la inoperancia de sus efectos.

Asimismo, se declare como afiliación válida al sistema general de pensiones la que efectuara en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino de COLPENSIONES los aportes realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con los rendimientos y demás sumas causadas a su favor, así como contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 27 de junio de 1960, afiliándose al sistema general de pensiones por intermedio del extinto ISS en el mes de noviembre de 1983.

Que en el mes de noviembre de 1998, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., sin que fuese asesorado e informado por esta última de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen privado, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este régimen y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre sus derechos pensionales, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la afiliación del demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que nos habla de la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes.

Propuso las excepciones de en caso de que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a COLPENSIONES y se condene a la AFP PORVENIR S.A. para que trate al demandante conforme a las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, 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 de la obligación y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. refirió en su contestación que en su contestación que el acto jurídico de traslado del demandante ante sus dependencias es válido y legal, sumado al hecho de que el actor se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003, como quiera que cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Formuló como medios exceptivos los denominados buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de febrero de 2024, resolvió:

*"**PRIMERO: Declarar** ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor Jairo Gómez Borrero, identificado con cédula de ciudadanía No.19.404.516, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., a partir del 1° de enero de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO: Declarar** válidamente vinculado al demandante señor Jairo Gómez Borrero al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES-, conforme a lo expuesto.*

***TERCERO: Condenar** a la Sociedad Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados a financiar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el lapso en que permaneció en el RAIS administrado por la AFP PORVENIR SA, esto es desde el 1° de enero de 1999 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.*

***CUARTO: Ordenar** a la Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES-, a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.*

***QUINTO: Declarar** no probadas las excepciones planteadas por las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.*

***SEXTO: Condenar** en costas de esta instancia a la Sociedad Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de Cuatro Millones de Pesos ($4'000.000) a cargo de esa administradora y a favor del demandante. Sin costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES-.*

***SEPTIMO: Conceder** el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES, por resultar la presente decisión adversa a sus intereses."*

Seguidamente, expuso que, según criterio doctrinal emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP demostrar una asesoría a sus potenciales afiliados al momento del traslado de régimen pensional, situación que por demás guarda plena congruencia con lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P. Que, en tal sentido la demandante en

ningún momento confesó en el interrogatorio de parte a él practicado, el haber recibido la información por parte de la entonces AFP PORVENIR S.A., concluyendo entonces que nada se le advirtió acerca de los beneficios y desventajas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, adicional a que el formulario de afiliación no suple la asesoría por parte de las AFP sobre los pormenores que conllevaban el traslado de régimen pensional.

Por tal razón, resulta próspera la ineficacia del traslado, sumado a que la excepción de prescripción en asuntos de ineficacia no goza con vocación de prosperidad en tratándose de que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada no ser procedente la ineficacia del traslado, como quiera que para la fecha en que se produjo dicho traslado por el demandante se cumplieron las obligaciones legales allí exigidas.

Que el hecho de declarar la ineficacia del traslado conllevaría a aplicar la función jurídica en virtud de la cual el actor nunca perteneció al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como es el caso de rendimientos.

Que en caso de proceder el traslado no habría lugar a la devolución de gastos administrativos, primas de seguros previsionales y porcentaje de garantía de pensión mínima, por cuanto son un rubro cuya ejecución, existencia y destinación es de carácter legal, pues según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, es allí donde se regula lo pertinente.

Adicionalmente, frente a la prima del seguro previsional adujo ser un rubro que no posee ya que fue oportunamente trasladado con la finalidad de que brindara la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte del demandante, así como que no resulte procedente la indexación, en virtud a que su fin es mantener el poder adquisitivo de la moneda, sin que en la cuenta de ahorro individual del actor hubiese existido alguna depreciación.

Por último, mencionó no proceder la condena en costas procesales, ya que en todo momento ha actuado de buena fe dentro del presente proceso, máxime si al demandante no se le permitió el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a razón de situaciones ajustadas a la legalidad, como es la prohibición dispuesta en la Ley 797 de 2003.

COLPENSIONES por su parte arguyó en su alzada que el demandante ratificó su decisión de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por permanecer allí más de 20 años, máxime si el actor describió las características de dicho fondo privado.

De otra parte, mencionó que de prosperar la ineficacia del traslado se estaría poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Expuso no ser procedente la condena en costas procesales pues no participó en el acto jurídico de traslado del demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del

Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 28 de febrero de noviembre 1998 (Fl. 84 – PDF 05 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de

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

Por otra parte, el demandante señor JAIRO GÓMEZ BORRERO en el interrogatorio de parte a él practicado, no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los

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

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

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

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

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media

con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respecto a la condena en costas de primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa encartada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la

condena en costas, pues resulta evidente que fueron vencidas en juicio. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

Finalmente, frente a la indexación de los conceptos a devolver producto de la declaratoria de ineficacia que reclama COLPENSIONES en su apelación, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia lo siguiente:

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

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De ese modo, habrá de aclararse la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 para cada una de ellas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **31 2023 00460 01**
Demandante:	RAFAEL LIBARDO NIÑO CRISTANCHO
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada AMALIA LOAIZA, identificada con cédula de ciudadanía 1.117.532.254 y T.P. 384.062 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2024 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RAFAEL LIBARDO NIÑO CRISTANCHO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con el fin que se

declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 4 de febrero de 1997 a través de PROTECCIÓN S.A., por falta al deber de información lo que le causó un perjuicio patrimonial. Asimismo, se declare que COLPENSIONES debe recibirlo como afiliado en el régimen que administra.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación a ese fondo, como cotizaciones, rendimientos financieros, los costos administrativos y las demás sumas que figuren en la cuenta de ahorro. Finalmente, solicita se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el régimen que administra, reciba las anteriores sumas, registre en su historia laboral las semanas cotizadas en el RAIS y condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de noviembre de 1964 y que al inicio de su vida laboral estivo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, y se trasladó de régimen el 4 de febrero de 1997 a través de PROTECCIÓN S.A., después de recibir información incompleta de parte de los asesores de ese fondo, ya que no se detallaron las consecuencias que le acarrearía el traslado.

Además, expuso que el 22 de enero de 2022 solicitó a COLPENSIONES su afiliación en ese régimen, pedimento que fue negado por estar inmerso en la prohibición legal de traslado. Igualmente, señala que el 4 de octubre de 2022 solicitó a PROTECCIÓN S.A. su expediente el cual le fue remitido y que en mayo de 2023 solicitó a COLPENSIONES la anulación de su traslado de régimen, petición que fue negada. Por último, adujo que los fondos de pensiones al momento del traslado deben informar de forma clara, completa y específica las consecuencias de tal decisión, el funcionamiento exacto de ambos regímenes pensionales y deben dejar constancia de tal evento lo cual no obra en su

expediente, carga que no cumplió el fondo privado, por lo cual es viable la declaratoria de nulidad del traslado deprecado. (f. 1 a 10 archivo 02)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en la demanda, argumentado que según el formulario de afiliación suscrito por el gestor se evidencia que su trasladó de régimen lo llevó a cabo libre de apremios y por su propia voluntad, con el lleno de los requisitos legales, y en las oportunidades legales pertinentes, además no manifestó su deseo de retractarse de las mismas, motivo por el cual no puede ordenarse su regreso al Régimen de Prima media con Prestación Definida.

Formuló en su defensa las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, la imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 21 archivo 07)

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que al momento de la vinculación del demandante a ese fondo de pensiones, le brindó una asesoría adecuada, técnica, correcta, clara y suficiente sobre todos los aspectos relevantes del Régimen de Ahorro Individual sus características, requisitos y la forma de acceder a la pensión en el mismo, igualmente se explicaron sus diferencias con el Régimen de Prima Media, impartiendo así al actor todos los conocimientos necesarios para que su decisión de vincularse a ese régimen a través de esa administradora de manera libre, consciente e informada tal y como se observa en el formulario que suscribió.

En su defensa 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, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional

cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, improcedencia del juramento estimatorio como prueba del perjuicio extra patrimonial: perjuicio moral, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada. (f. 3 a 23 archivo 09)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de febrero de 2024, resolvió:

> *"DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen del demandante RAFAEL LIBARDO NIÑO CRISTANCHO, del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de individual con solidaridad, teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*
>
> *CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A a trasladar a la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros y las comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensiones. En cuanto a la suma de dinero que descontó PROTECCIÓN S.A. de lo ahorrado por el demandante por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, deberá trasladarlos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES debidamente indexadas.*
>
> *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al demandante en el régimen de prima media como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*
>
> *CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CENSATÍAS PROTECCIÓN S.A al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente, sin costas a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia refirió que en el presente asunto era pertinente la intervención del Ministerio Público, conforme lo señalado por la jurisprudencia del Alto Tribunal de cierre de esta especialidad. Además, trajo a colación los artículos 1, 48, 53 y 93 de la Constitución Política, que hacen alusión al derecho a la seguridad social. A continuación, memoró que la Ley 100 de 1993 establece dos regímenes

pensionales, como son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, régimen este último al cual se encuentra afiliado el actor desde febrero de 1997 a través de PROTECCIÓN S.A.

Añadió que el presente asunto sería abordado desde el régimen de las ineficacias por vulnerarse el deber de información de acuerdo a los planteamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, además, adujo que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consagra las características del sistema integral de seguridad social, el cual, en su literal b), establece que la selección de cualquiera de los dos regímenes antes descritos es voluntaria y debe constar por escrito, así mismo que el quebrantamiento a tal disposición conlleva a las sanciones del artículo 271 *ejusdem*. Además, mencionó los artículos 11 del Decreto 692 de 1994 y 12 del Decreto 720 de 1994, que imponen la obligación de asesoría de parte de los fondos de pensiones.

De esa forma, al verificar los hechos de la demanda que contienen negaciones indefinidas y al examinar los diferentes medios de prueba allegados al informativo, concluyó que el fondo privado no acreditó el deber de información, el cual no se corrobora con la suscripción del formulario de afiliación y menos aún se obtuvo confesión alguna del interrogatorio de parte del actor. Declarando la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los emolumentos que conlleva tal decisión y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que esa entidad resulta lesionada con la decisión adoptada por el Juzgado de primer grado, ya que afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, pues el Legislador con la prohibición legal de traslado lo que busca es proteger el pago de las pensiones de sus afiliados, lo que a su vez encuentra sustento en sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y C-130 de 2013, en el que se reitera que lo que se busca es evitar la descapitalización del régimen de prima media.

De otra parte, solicita que, en caso de mantenerse la condena de primera instancia, se confirme lo atinente a reintegrar la totalidad de la cotización que recibió el fondo privado a esa entidad, y que no se imponga condena en costas en esta instancia ya que no participó en el acto que se declara ineficaz, pues tal decisión causaría un daño injustificado a esa encartada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 4 de febrero de 1997; vinculación que se hizo efectiva el 1º de abril de 1997 según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 45 y 64 archivo 09)

En esa medida, huelga mencionar que tal formulario si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante RAFAEL LIBARDO NIÑO CRISTANCHO en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que su afiliación a PROTECCIÓN S.A. se dio en un momento de crisis económica de su empleador ACERIAS PAZ

DEL RIO, el cual en una reunión les dijo que se debían trasladar de fondo de pensiones porque era una forma de contribuir a salvar la empresa, acotando que antes estaba afiliado en COLPENSIONES.

Destacó que no tuvo asesoría del fondo privado, y solo diligencio y firmó el formulario de afiliación que le suministró el empleador, que se sintió presionado para llevar a cabo el traslado porque que la empresa les dijo que era un medida para que no continuara la crisis, y le explicaron los requisitos, modalidades pensionales en el RAIS y sus rendimientos, pero no las entendió, y que les dijeron que sus aportes en el ISS pasaban al nuevo fondo; que todo fue explicado de forma verbal, además le dijeron que podía hacer aportes voluntarios para mejorar la pensión, la cual se calculaba teniendo en cuenta el valor de sus aportes y se dividía por el número de años.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presentan COLPENSIONES respecto a la condena en costas en esta instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, o la que se resuelva

de forma desfavorable la apelación, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentó excepciones y la apelación les fue resuelta desfavorablemente, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en su contra. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la *a-quo* al haber declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, junto con las condenas impuestas en la sentencia objeto de disenso, entre ellas, lo referente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, lo cual guarda consonancia con lo indicado por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencias SL5047-2021 y SL1019-2022. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de febrero de 2024, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **33 2019 00041 02**
Demandante:	LUZ CONSUELO PATAQUIVA HERNÁNDEZ
Demandado:	AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 13 de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ CONSUELO PATAQUIVA HERNÁNDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., a fin de declararse la existencia de un contrato de trabajo a partir del 23 de abril de 2013, firmando además un contrato de obra o labor contratada a partir del 23 de junio de 2023, desempeñándose como Operaria de Barrido.

Asimismo, se declare que presenta una pérdida de capacidad laboral del 43.4%, ostentando así una estabilidad laboral reforzada, de allí que, en ejecución del contrato de trabajo se le diagnosticó la patología denominada *Túnel del Carpo Bilateral*.

Que se declare a la demandada responsable por las patologías padecidas ante la falta de medidas de prevención, negligencia e incumplimiento de las normas

de salud y seguridad en el trabajo, al igual que el menoscabo de sus sentimientos frente a las limitaciones sufridas que le impiden la locomoción y una vida normal.

Igualmente, se declare que como trabajadora fue reubicada en el proyecto humedales con ocasión de la estabilidad laboral reforzada reconocida en sede constitucional de tutela, sin que la empleadora haya satisfecho en legal forma todas y cada una de sus acreencias e indemnizaciones laborales, por lo que se le debe mantener en una labor compatible con sus condiciones de salud según las recomendaciones médicas.

De otro lado, se declare que la demandada no solicitó permiso ante el Ministerio del Trabajo para finalizar su contrato de trabajo, siendo así un finiquito discriminatorio ante su estado de salud, sin que se le hubiese cancelado la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Por consiguiente, se condene a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a reintegrarla y mantenerla en un puesto de iguales o mejores condiciones al que venía ocupando, junto con el pago de todos los salarios y prestaciones sociales desde el momento de su desvinculación hasta la fecha de reintegro que ordenara la acción de tutela.

Que se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como al pago de la indemnización total y ordinaria de los perjuicios materiales integrales a razón de daño emergente y lucro cesante consolidado como consecuencia del accidente de trabajo sufrido.

También que se emita condena por perjuicios morales en lo correspondiente a daños morales objetivados y subjetivados en valor de $1.000 S.M.L.M.V. según el precio que se acredite al momento de la sentencia, el pago de la indemnización por perjuicios fisiológicos como consecuencia del daño a la vida en relación por causa del accidente, cancelación de los daños por reparación plena y ordinaria de perjuicios, indexación, intereses corrientes y moratorios y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que inicialmente se vinculó con la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. mediante contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 23 de abril y el 23 de junio de 2013.

Que el día 23 de junio de 2014 la demandada cambió el tipo de contrato a uno de obra o labor contratada, desempeñando el cargo de Operaria de Barrido en jornadas de lunes a sábado y un horario de 6:00 a.m. a 2:00 p.m.

Adujo que le fueron realizados exámenes de ingreso los cuales arrojaron que se encontraba en óptimas condiciones de salud para el desempeño de sus funciones laborales, las cuales consistieron en realizar barrido de calles, habilitar bordillos de andenes, descanecar y quitar la mezcla de los bordillos de los andenes.

Que aproximadamente en el mes de septiembre de 2014, empezó a sentir inflamación en las manos y adormecimientos, hasta el punto que no podía sostener los implementos de trabajo, lo que conllevó a que el 25 de agosto de 2015 se le realizara una electromiografía y neuroconducción, arrojando que padecía de un atrapamiento mediano en el túnel del Carpo bilateral, compromiso severo en mano derecha con lesión axonal de nervio y compromiso leve izquierdo.

Mencionó que el día 8 de abril de 2016, mediante Dictamen No. 57922 la EPS Famisanar determinó que la patología Síndrome de Túnel del Carpo Bilateral era de origen laboral, al igual que refirió que la empleadora en ningún momento cuidó de su salud, como tampoco se le capacitó en la identificación de peligros y control de riesgos.

Expuso que el 22 de abril de 2016 la encartada mediante memorando realizó la asignación de sus actividades de trabajo de acuerdo a las recomendaciones médicas, y que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a través de Dictamen No. 39749377-503 del 25 de enero de 2017

y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en dictamen No. 39749377-11105 del 16 de agosto de 2017, confirmaron como de origen laboral la patología de Síndrome de Túnel del Carpo Bilateral.

Al unísono, sostuvo que el 23 de octubre de 2017 la ARL COLPATRIA expidió a su favor recomendaciones laborales, el 5 de diciembre de 2017 se le practicó una cirugía de mano derecha denominada Descompresión del Túnel, por lo que a raíz de esta intervención estuvo incapacitada hasta el 3 de marzo de 2018, y que el 25 de mayo de 2018, la ARL le expidió nuevas recomendaciones laborales.

Que a pesar de lo anterior, el 8 de febrero de 2018 la demandada decidió finalizar su contrato de trabajo, esto es, dentro del periodo de incapacidad, retractándose de lo pertinente, lo que conllevó a que se le comunicara nuevamente la carta de despido el 4 de marzo de 2018, día siguiente en que finalizaba su incapacidad.

Refirió que el 8 de febrero de 2018 fue retirada del sistema de seguridad social, sin que para su finiquito se hubiese solicitado permiso ante el Ministerio del Trabajo.

Por último, mencionó que el 27 de febrero de 2018 interpuso acción de tutela en contra de la demandada, por lo que en sede de impugnación, el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá amparó sus derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, salud, vida digna y estabilidad laboral reforzada, ordenando su reintegro, de allí que la encartada el 9 de mayo de 2018 realizara acta de cumplimiento del fallo tutelar y el 6 de julio de la misma anualidad se le entregó la carta de reintegro.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. adujo en su contestación que la demandante desconoce que el cargo de Operario lo ejecutó bajo la vigencia de dos contratos de trabajo, como quiera que el suscrito por el periodo comprendido entre el 23 de abril y el 22 de junio de 2013 correspondió a un

contrato laboral en la modalidad de término fijo inferior a un año, cuya terminación sucedió con ocasión al vencimiento del plazo pactado, mientras que el contrato suscrito por el periodo comprendido entre el 23 de junio de 2013 y el 11 de febrero de 2018, correspondió a un contrato de obra o labor contratada, cuya finalización fue a razón de la expiración de la obra o labor contratada.

Refirió que, si bien al demandante le fue determinada una pérdida de capacidad laboral como de origen laboral, debe tenerse en cuenta que, dentro del análisis y conclusión de los respectivos dictámenes, como de su historia clínica y toda la documental obrante en el plenario, se puede determinar que su enfermedad es derivada de sus trabajos anteriores, en los que se expuso por aproximadamente 20 años al riesgo que originó su enfermedad laboral.

Frente a la estabilidad laboral que alude la demandante le fuese reconocida a través de la acción de tutela por parte del Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, dicha decisión fue el 26 de abril de 2018 de manera transitoria, supeditándose así los efectos del amparo al inicio de la acción judicial dentro de los 4 meses siguientes, pero en este caso la actora radicó la demanda hasta el 25 de enero de 2019.

Enunció que lo único que tuvo conocimiento fue acerca de las recomendaciones médicas y restricciones laborales radicadas por la demandante ante sus dependencias.

Formuló como medios exceptivos los denominados improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, improcedencia de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, compensación y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de junio de 2023, declaró que el despido de la demandante no fue

discriminatorio en razón de su situación de salud, por lo que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el fallador de instancia que según los postulados emanados por la Corte Constitucional, para la demostración de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud bajo la égida del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 frente al trabajador, deben configurarse ciertos aspectos como es el hecho que (i) que el trabajador presente los padecimientos de salud que involucren o afecten sustancialmente el ejercicio de sus funciones, (ii) que el empleador conozca de la condición al momento previo al despido, (ii) que no existe autorización del Ministerio del Trabajo para efectuar ese despido y, (iv) que no se logre desvirtuar la presunción del despido discriminatorio.

Por ello, coligió que de las probanzas acreditadas a juicio se logró demostrar que en efecto la demandante padece de Túnel del Carpo, patología que se encontraba incluso presente desde inicios de la relación laboral con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y que se continuó desarrollando durante el transcurso del contrato de trabajo, la cual por demás fue catalogada como de origen laboral por parte de la ARL, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, última que la determinó en un porcentaje del 31.62% y una fecha de estructuración del 3 de julio de 2019.

Al unísono, mencionó que a pesar de que la demandante cuenta con una pérdida de capacidad laboral en todos los dictámenes que se emitieron, independientemente del mismo, no obran dentro del proceso órdenes médicas, incapacidades o recomendaciones que fueren concomitantes o posteriores a la fecha de cirugía de mano 2017 y específicamente a la terminación del vínculo que lo fue para el 4 de marzo de 2018.

Nótese que si bien es cierto la orden de tutela dio lugar a que se le reintegrara a la trabajadora, ese reintegro surgió como consecuencia de la incapacidad médica configurada con ocasión de la cirugía que se le practicó a la demandante; circunstancia por la cual, la encartada dio cumplimiento a las recomendaciones que le fueron expedidas a la actora por parte de la ARL, como

quiera que a esta se le asignaron nuevas funciones que le permitieron evitar el detrimento de su salud.

En otro giro, refirió que, según los postulados jurisprudenciales de la Corte Constitucional, en los contratos por obra o labor la estabilidad laboral reforzada procede siempre y cuando subsistan las causas que dieron lugar al origen de la relación laboral y se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada con sus funciones.

Por ello, coligió que la demandada logró desvirtuar la presunción de despido discriminatorio, ya que el contrato suscrito con la trabajadora era de obra o labor contratada, cuyo término de duración se encontraba supeditado al contrato interadministrativo de 2012 suscrito entre la encartada y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, el cual se prorrogó por última vez hasta el 12 de febrero de 2018, lo que condujo a que no solo se le desvinculase laboralmente a la aquí demandante, sino a otros trabajadores también contratados para el desarrollo y ejecución de dicho contrato.

Y es así, que a pesar de que el vínculo laboral con la actora finalizara inicialmente en el mes de febrero de 2018, la demandada se percató de la incapacidad presentada por la trabajadora, de ahí que prolongara el contrato de trabajo hasta cumplida esa incapacidad, es decir, 3 de marzo de 2018, produciéndose así una causal objetiva en el finiquito como lo fue la culminación del convenio interadministrativo.

Por otra parte, frente a la indemnización por perjuicios, sostuvo que los mismos no se lograron demostrar en juicio, aspectos todos por los que absolvió sobre las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada ser relevante que padecía problemas de salud al momento de la finalización de la relación laboral, por lo que de conformidad con lo establecido

en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debió existir autorización por parte de la Oficina del Trabajo para su desvinculación al tenor de la estabilidad laboral reforzada que presentaba, máxime si la Corte Constitucional ha determinado que dicha figura también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato de trabajo a término definido, por lo que el lapso de su duración no es razón suficiente para darlo por culminado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta los términos en que se fijó el litigio en primera instancia y se profirió la sentencia, en concordancia con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si la accionante tiene derecho a la garantía de la estabilidad laboral reforzada por salud, ello con la finalidad de gozar de prosperidad el reintegro, junto con el pago de salarios y demás acreencias laborales a razón del mismo, así como al pago de la indemnización de 180 días regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

c. De la estabilidad laboral reforzada reglada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que entre la demandante y la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. se suscribió un primer contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 23 de abril y el 22 de junio de la anualidad 2013, en el cual la trabajadora desempeñó el cargo de Operaria, prueba de ello es la copia del vínculo contractual y la prórroga al mismo (Fls. 46 a 48 – PDF 01 EXPEDIENTE).

(ii) Que entre la demandante y la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. se suscribió un segundo contrato de trabajo por obra o labor contratada, el cual tuvo como extremo inicial el 23 de junio de 2013 y un cargo de Operario de Recolección y/o Barrido, siendo su finiquito el 11 de febrero de 2018 según se advierte de la copia del contrato de trabajo y la comunicación emitida por la encartada a la actora el 8 de febrero de 2018 en la que se le indica la finalización de la relación laboral (Fls. 49 a 50 y 117 – PDF 01 EXPEDIENTE).

(iii) Que con ocasión de la sentencia de tutela con radicación No. 2018-00062-01, proferida el 26 de abril de 2018 en sede de impugnación por el JUZGADO TREINTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO, se ordenó el amparo transitorio a favor de la actora de los derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, salud, vida digna y estabilidad laboral reforzada; circunstancia por la cual, se le ordenó a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. reintegrar a la señora LUZ CONSUELO PATAQUIVA HERNÁNDEZ a un cargo acorde con su estado de salud, o de igual o mayor jerarquía al que venía desempeñando.

Fue por ello, que la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. profirió el 9 de mayo de 2018 acta de cumplimiento al fallo tutelar, por medio de la cual indicó que como empresa dejó de ser la prestadora del servicio de aseo, limpieza y recolección en la Ciudad de Bogotá, por lo que, en virtud al ministerio de la ley, se dio por culminado el contrato de trabajo de la aquí demandante, siendo sustento legal lo establecido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T. A su vez, se adujo que la actora para el día 11 de febrero de 2018, calenda en que culminó la relación laboral, presentaba incapacidad médica y tenía recomendaciones médicas de auto cuidado intra y extra labores, lo que

condujo a que el contrato de trabajo se mantuviera hasta el 4 de marzo de 2018 (Fls. 160 a 175 y 176 a 177 – PDF 01 EXPEDIENTE).

(iv) Que la EPS FAMISANAR emitió frente a la demandante el Dictamen No. 57922 del 8 de abril de 2016, por medio del cual se determinó la patología de Síndrome del Túnel del Carpo Bilateral de origen laboral, misma situación que sucedió por parte de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a través del Dictamen No. 39749377-503 del 25 de enero de 2017 y por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en Dictamen No. 39749377-11105 del 16 de agosto de 2017 (Fls. 68 a 72, 82 a 87 y 90 a 97 – PDF 01 EXPEDIENTE).

(v) Que mediante Dictamen No. 39749377-31461 del 22 de octubre de 2020, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ dispuso que la enfermedad del Síndrome del Túnel del Carpo Bilateral de origen laboral tuvo como fecha de estructuración el 3 de julio de 2019 y una pérdida de capacidad del 31.62%.

Ahora bien, en tratándose al problema jurídico planteado, se advierte que según lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad en el trabajo frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

> *"[…] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*
>
> *"La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se*

encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

"Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

"En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

"[…] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

"Y añadió, que tales preceptos, además,

"[…] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

"[…]

"En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

"[...]

"En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo."

Se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1154-2023, Radicación No. 93093 del 10 de mayo de 2023, recoge los criterios que había esbozado a efectos de establecer si el trabajador ostenta la condición de discapacidad, señalando:

"De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

"(i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.

"(ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

"En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

"[…]

"Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

"[…] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

"[…]

"Para tales efectos la Sala entiende por 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.

"[…]

"En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

"a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

"b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

"c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

"Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

"[…]

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

En ese orden de ideas, procede la Sala a analizar si en el presente evento se configuran los elementos que concurren en el concepto de discapacidad, evento que es el objeto de protección en la Ley 361 de 1997.

Al respecto, de las probanzas acreditadas al plenario, a juicio de la Sala y como lo sostuvo el operador de instancia, no existe motivo de duda de la patología padecida por la demandante señora LUZ CONXUELO PATAQUIVA HERNÁNDEZ, esto es, Síndrome del Túnel del Carpo, la cual presentó una notoria deficiencia física a mediano y largo plazo en el cargo que venía desempeñando como Operaria de Barrido a favor de la empleadora, aspecto que sin lugar a dudas se encontró plenamente acreditado con los diferentes dictámenes emanados por su EPS, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN, donde se coligió que dicha patología era de origen laboral, a tal punto que le fue determinada una pérdida de capacidad laboral del 31.62%.

Otro aspecto relevante a destacar, es el hecho que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. tenía pleno conocimiento de la enfermedad que venía presentando la demandante, como quiera que, a razón de sus quebrantos de salud, durante la vinculación laboral con la actora tuvo que realizar distintas proyecciones de recomendaciones médicas y novedades en su trabajo para los años 2016 y fechas subsiguientes (Fls. 73 a 79, 88 a 89, 99 a 100 – PDF 01 EXPEDIENTE).

No obstante lo anterior, debe recalcarse que entre la señora LUZ CONSUELO PATAQUIVA HERNÁNDEZ y AGUAS DE BOGOTÁ existió un primer contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 23 de abril y el 22 de junio de la anualidad 2013, en el cual la trabajadora desempeñó el cargo de Operaria, y un segundo contrato de obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 23 de junio de 2013 y el 11 de febrero de 2018, último que finalizó con ocasión de la carta de despido que le comunicara la empleadora a la actora el 8 de febrero de 2018 en los siguientes términos:

> *"En razón a la terminación del CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.7-10200-809-2012 perteneciente al Proyecto Aseo, hecho público y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61 del C.S.T. literal D, le informo que a partir de la finalización de la jornada laboral del día domingo 11 de febrero de 2018, se dará por terminado en forma legal, el contrato de trabajo que por duración de la obra contratada tenemos suscrito con usted.*
>
> *(…)"*

En ese orden de ideas, es menester abordar el estudio correspondiente respecto de la finalización del vínculo laboral de la obra o labor contratada de la actora con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., advirtiendo que como se expuso en líneas anteriores, el sustento de su finiquito fue la finalización del contrato interadministrativo que esta última suscribiera con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Por ello, conviene traer a colación el contenido de la cláusula segunda del *"Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada"*, que suscribieran las partes el 23 de junio del 2013, en la que se contempló (Fls. 49 a 50 – PDF 01 EXPEDIENTE):

> "***SEGUNDA:*** *El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada.* ***Está condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012****, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A ESP, conforme lo previenen las cláusulas de terminación del citado contrato".* (negrillas y subrayas fuera de texto)

De igual forma, yace el referido contrato interadministrativo suscrito entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ Y AGUAS DE

BOGOTÁ S.A. E.S.P., estableciéndose como objetivo en su cláusula primera (Fls. 294 a 308 – PDF 01 EXPEDIENTE):

> *"**PRIMERA – OBJETO:** El objeto del contrato es realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C., bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP."*

Asimismo, yace una prórroga del contrato interadministrativo No. 21 del 15 de enero de 2018, cuyo objeto es (Fl. 310 – PDF 01 EXPEDIENTE):

> "***CLAUSULAS: PRIMERA: OBJETO**. - Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en VEINTIOCHO (28) DÍAS CALENDARIO, esto es hasta el **12 de febrero de 2018** y adicionar su valor en la suma de ($16.972.317.000) M/TE, para un valor total del contrato de SEISIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEIS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CUATROSCIENTOS CUARENTA PESOS ($635.006.083.440) M/TE. …(…)"*

Pues bien, sin que este cuerpo Colegiado desconozca la afectación en salud de la demandante dentro de la relación laboral, resulta evidente que su última contratación se enmarcó dentro de los contratos denominados por obra o labor, dado que desde el inicio de esta modalidad de vinculación, esto es, 23 de junio de 2013, en el mismo se definió que la actividad para la cual fue designada era la de Operaria de Recolección y/o Barrido y se supeditó la duración de su vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012.

Así las cosas, se tiene que las partes acordaron que la vigencia de la relación contractual estaría supeditada a la duración del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012, aunado a ello no se probó de forma alguna que la actividad de la demandante como operaria de recolección y/o barrido se realizaría por razones diferentes a la ejecución del convenio interadministrativo, lo que a su vez implica que no se demostraran actividades ajenas a las que se impusieron para la ejecución del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012, en orden interpretar que la contratación de la señora LUZ CONSUELO PATAQUIVA HERNÁNDEZ en la realidad no fue bajo la modalidad establecida en el contrato de trabajo, contrario a ello, como ya se indicó, se demostró que de forma expresa las

partes acordaron supeditar la duración del vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo.

En este entender, ha de tenerse en cuenta que en casos como en el de autos donde lo alegado no es una justa causa sino un modo legal de terminación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia relevante SL-711-2021, Radicación No. 64605 del 24 de febrero del 2021 indicó:

> "*Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo,* ***solo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial,*** *pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria."* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

De esta manera y atendiendo las consideraciones expuestas por el órgano de cierre, en este especial asunto encuentra la Sala, frente a la terminación del vínculo que ató a las partes, que el mismo feneció por una causa legal contenida en el C.S.T., artículo 61 literal d), esto es, por terminación de la obra o labor contratada, pues no a otra conclusión se puede arribar, teniendo en cuenta que como se ha venido señalando, en el contrato de trabajo que unió a las partes y que finalizó el 11 de febrero de 2018 se estableció que el vínculo se supeditaba a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 (obra para la cual fue contratada la demandante), el cual conforme la modificación, denominada prórroga del plazo de ejecución del 15 de enero de 2018, finalizó el 12 de febrero de 2018 y en ese orden, al tenor de la disposición normativa citada en precedencia, la encartada no requería autorización administrativa para la terminación del contrato, habida cuenta, que no se trata de una decisión unilateral, sino que desde el inicio del vínculo se estableció su duración, esto es por la vigencia de la obra o labor para la cual fue contratada, tópico que en efecto quedó acreditado –para la modalidad contractual convenida- **la extinción de las causas que dieron origen** al contrato por duración de la obra o labor determinada.

En suma, las razones expuestas permiten concluir dentro del presente asunto la finalización del vínculo laboral se produjo fue en razón de un modo legal de terminación conforme lo dispone el artículo 61 del C.S.T. literal d), esto es, la *"terminación de la obra o labor contratada"* y no en razón de los padecimientos de salud de la señora LUZ CONSUELO PATAQUIVA HERNÁNDEZ, pues si bien gozaba de una disminución de su salud dada la patología del Síndrome del Túnel del Carpo, la cual por demás fue catalogada como de origen laboral por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVLAIDEZ, con pérdida de capacidad laboral del 31.62%, se tiene que la protección de la referida Ley 361 de 1997, como es la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador, estaría desvanecida en el presente asunto por cuanto se itera la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral obedeció a la configuración de una causal objetiva como así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, incluso en la mentada sentencia SL1154-2023, Radicación No. 93093 del 10 de mayo de 2023 puesta de presente en estas consideraciones.

En conclusión, a pesar de que la actora demostró la condición médica para la operancia en inicio de la estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997 (la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador), la misma se desvanece en el *sub examine* por cuanto la empleadora logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral obedeció a la configuración de una causal objetiva, situaciones todas que conllevan a que la decisión de primer grado sea confirmada.

COSTAS en esta instancia correrán a cargo de la parte demandante toda vez que su recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO ÁVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **33 2021 00605 01**
Demandante:	MAURICIO ESGUERRA LEONGOMEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2024 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MAURICIO ESGUERRA LEONGOMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de declararse la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 20 de abril de 1994 a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., por existir un vicio en el consentimiento y haberse incurrido en omisión al deber legal de informar al momento del acto de traslado, incluyendo las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por consiguiente, se le condene a PROTECCIÓN S.A. a tramitar de manera inmediata el traslado a COLPENSIONES, última entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de los valores de su cuenta de ahorro individual correspondientes a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 1º de julio de 1959, así como que cotizó al extinto ISS por el periodo comprendido entre el 24 de octubre de 1985 y el 30 de abril de 1994.

Que a partir del 1º de mayo de 1994 se hizo efectivo su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el cual se llevó a cabo como consecuencia de la suscripción del formulario de afiliación fechado el 20 de abril de 1994.

Adujo que para la fecha de suscripción del formulario de afiliación al régimen privado laboraba al servicio de la empresa SEGUROS BOLIVAR, la cual era accionista de la AFP DAVIVIR.

Que previo al traslado el asesor de DAVIVIR se acercó a él y a un grupo de trabajadores de SEGUROS BOLIVAR en las instalaciones de la oficina de mercado masivo en la cual laboraba en el área de capitalización, quien manifestó que el ISS desaparecería y, a razón de ello, todos los afiliados a pensión estaban en la obligación de tomar la decisión de trasladarse al fondo de pensiones DAVIVIR.

Expuso que, en la charla suministrada, no se informó característica alguna del nuevo régimen pensional, en comparación o realizando un paralelo con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al igual que la charla fue breve y general ya que perduró aproximadamente 20 minutos, sin que fuese personalizada, sino grupal.

Que se omitió informar que de trasladarse al régimen privado perdería automáticamente el derecho a la aplicación del régimen de transición en caso de ser beneficiario del mismo, que se le descontaría una parte de sus aportes obligatorios mensuales por la asesoría por la contratación de renta vitalicia y por la administración de su cuenta individual tal como lo dispone el literal b) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

Adujo que se le informó acerca de los aportes voluntarios, el monto del capital que debía tener en su cuenta de ahorro individual para poder financiar su prestación por vejez, el bono pensional, no se efectuó una proyección pensional de ambos regímenes pensionales, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, indicando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de la AFP encartada, o de que exista algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo; asimismo, dentro de las solicitudes no se evidencia nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar informaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas.

Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. por su parte refirió que están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, de allí que la afiliación del demandante ante sus dependencias fue libre y voluntaria de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de ello lo es el formulario de afiliación mediante el cual manifestó su voluntad de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, donde indicó que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de febrero de 2024, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor MAURICIO ESGUERRA LEONGOMEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.405.139 afiliado el 20 de abril de 1994 a PROTECCIÓN S.A.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que MAURICIO ESGUERRA LEONGOMEZ, actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A., fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de MAURICIO ESGUERRA LEONGOMEZ, a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de MAURICIO*

ESGUERRA LEONGOMEZ, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

***QUINTO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

***SEXTO: CONMINAR** a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.*

***SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS**, las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.*

***OCTAVO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (3) SMLMV a cargo de PROTECCIÓN S.A. y UN (1) SMLMV a cargo de COLPENSIONES en favor de la parte demandante."*

Para arribar a esa conclusión, el Juez de primer grado hizo mención a la normativa vigente para la época del traslado de la demandante, esto es, la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, los cuales hacen referencia al deber de información hacia los consumidores financieros.

De igual forma, trajo a colación la jurisprudencia que ha enmarcado la materia, acotando que se le debió brindar al accionante información referente a las características, diferencias, condiciones, parámetros para acceder a la pensión de vejez y los niveles de riesgos en uno y otro régimen pensional, por lo que no era viable el argumento de que la parte actora debía conocer la Ley 100 de 1993 para suplir la obligación de consentimiento informado radicado en cabeza de la AFP.

En el mismo sentido expresó que, del formulario de afiliación aportado, no se logró acreditar el consentimiento informado del demandante y no obra en el expediente otro documento que dé cuenta de la reunión realizada entre los asesores de PROTECCIÓN S.A. y el actor. Así mismo, resaltó que la carga probatoria es de quien está en mejor condición de probar el deber legal que le

asiste, que en este caso, le corresponde al extremo demandando en virtud de la posición dominante que ostentan en el mercado financiero, no obstante, de los documentos aportados al plenario no se dilucidó el cumplimiento de esta obligación, y del interrogatorio de parte tampoco se evidencia confesión alguna sobre la debida información, la cual era necesaria para que pudiera tomar una decisión informada al momento del traslado de régimen.

En razón de lo anterior, el *a-quo* consideró que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad resulta ineficaz, en consecuencia, dispuso la devolución de los aportes, rendimientos, seguros previsionales, aportes a pensión de garantita mínima, cuotas de administración indexados y demás emolumentos generados durante la afiliación del demandante a los fondos privados, no declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que en todo momento ha actuado conforme al ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP encartada, sin que hubiese existido injerencia alguna para que el actor adoptara la decisión de trasladarse de régimen pensional.

Que por tal razón, resulta ser un tercero de buena fe por cuanto no le son imputables las decisiones que ha tomado el accionante para trasladarse de régimen pensional, al igual que resulta desproporcional imponer respecto de las administradoras pensionales la carga de la prueba en este caso, pues es evidente la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el año 1994, fecha en la cual no había obligatoriedad de dejar registros documentales.

Solicita la revocatoria de las costas procesales teniendo en cuenta el inciso 5º del artículo 48 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 365 del C.G.P.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de abril de 1994 (Fl. 115 – PDF 02 DEMANDA y fl. 43 – PDF 05 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante señor MAURICIO ESGUERRA LEONGOMEZ en el interrogatorio de parte a él practicado, no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no*

hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

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

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar

respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la*

exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

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

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

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

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

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De ese modo, luce acertada la decisión del *a-quo* al haber declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, junto con las condenas impuestas en la sentencia objeto de disenso, entre ellas, lo referente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, lo cual guarda consonancia con lo indicado por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencias SL5047-2021 y SL1019-2022. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **33 2022 00205 01**
Demandante:	ALBERTO ANTONIO GONZÁLEZ CAÑIZALES
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 13 de marzo de 2024 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALBERTO ANTONIO GONZÁLEZ CAÑIZALES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad de la afiliación por medio de la cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en noviembre de 1994 a través de PROTECCIÓN S.A., por vicio en el consentimiento.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado. Además, pretende se ordene a COLPENSIONES la reciba en el régimen que administra sin solución de continuidad con sus aportes, se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita* y a las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales del 3 de mayo de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1994 en donde acumuló 431 semanas cotizadas, y que en noviembre de 1994 estando al servicio de la empresa MANUELITA S.A, los asesores de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. le indicaron que el ISS se acabaría, por lo que perdería sus cotizaciones, en cambio en ese fondo obtendría mayores rendimientos y se podría pensionarse de forma anticipada, empero, no se le informó sobre el derecho de retracto que le asistía, por ende, bajo esos argumentos se trasladó del régimen.

Destaca que cuenta con 1.785 semanas cotizadas a marzo de 2021 en el Sistema General de Pensiones; y que el 16 de noviembre de 2021 radicó petición ante las demandadas solicitando la nulidad de su traslado de régimen y su retorno al régimen de prima media, pedimento que fue negado por las encartadas. De otro parte, refiere que según proyección efectuada por el fondo y de forma particular su mesada sería superior en el RPMPD. (f. 1 a 19 archivo 02)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

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

que pudiera viciar el consentimiento del actor, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (f. 3 a 20 archivo 05)

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no se aporta prueba alguna que permita inferir la configuración de algún elemento del presunto error, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, menos aún, se observa manifestación alguna de inconformidad por parte del gestor, por el contrario, se advierte que las documentales que obran en el plenario se encuentran sujetas a derecho y se llevaron a cabo de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presión alguna, igualmente el promotor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, en consecuencia se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen contenida en la Ley 797 de 2003.

Como excepciones de mérito propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 2 a 35 archivo 08)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de marzo de 2024, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor ALBERTO ANTONIO GONZALEZ CAÑIZALES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.332.034 afiliado el 27 de noviembre de 1994 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que ALBERTO ANTONIO GONZALEZ CAÑIZALES, actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ALBERTO ANTONIO GONZALEZ CAÑIZALES a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de ALBERTO ANTONIO GONZALEZ CAÑIZALES, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.*
>
> *QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a que acuda a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior*
>
> *SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.*
>
> *OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de tres (3) smmlv a cargo de PROTECCIÓN S.A. y un (1) smmlv a cargo de COLPENSIONES, estos conceptos en favor de la parte demandante. (…)"*

Para arribar a esa conclusión, el Juez de primer grado hizo mención a la normativa vigente para la época del traslado de la demandante, esto es, la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, los cuales hacen referencia al deber de información hacia los consumidores financieros.

De igual forma, trajo a colación la jurisprudencia que ha enmarcado la materia, acotando que se le debió brindar a la accionante información referente a las características, diferencias, condiciones, parámetros para acceder a la pensión de vejez y los niveles de riesgos en uno y otro régimen pensional.

En el mismo sentido expresó que, del formulario de afiliación aportado, no se logró acreditar el consentimiento informado del demandante y no obra en el expediente otro documento que dé cuenta de la reunión realizada entre los asesores de COLMENA S.A. y el actor. Así mismo, resaltó que la carga probatoria es de quien está en mejor condición de probar el deber legal que le asiste, que en este caso, le corresponde al extremo demandando en virtud de la posición dominante que ostentan en el mercado financiero, no obstante, de los documentos aportados al plenario no se dilucidó el cumplimiento de esta obligación, y del interrogatorio de parte tampoco se evidencia confesión alguna sobre la debida información, la cual era necesaria para que pudiera tomar una decisión informada al momento del traslado de régimen.

En razón de lo anterior, el *a-quo* consideró que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad resultaba ineficaz; en consecuencia, dispuso la devolución de los aportes, rendimientos, seguros previsionales, aportes a pensión de garantita mínima y demás emolumentos generados durante la afiliación del demandante a al fondo privado, declaró no probada las excepciones propuestas, entre ellas las de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, hizo mención del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que consagra la prohibición legal de traslado cuando le falten al afiliado 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, en esa medida cuando el actor solicitó su traslado a esa entidad estaba incurso en la prohibición legal de traslado, y tal excepción solo exonera a los beneficiarios del régimen de transición, haciendo referencia a una decisión adoptada por un Tribunal que acoge tales argumentos, por lo que además, se presume la buena fe del extremo de la relación laboral en donde no se puede anular una decisión que ha sido tomada de manera libre, a

razón de una presunta falta de información. En cuanto a las costas y las agencias en derecho, solicita se tenga en cuenta el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P. y el inciso 5º del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de noviembre de 1994, vinculación que se hizo efectiva el 1º de diciembre de esa misma anualidad según el reporte SIAFP. (f. 21 y 22 archivo 05).

Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante ALBERTO ANTONIO GONZÁLEZ CAÑIZALES en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que participó en una reunión grupal, en la cual se indicó que el ISS sería sustituido y en ese fondo se podrían pensionar a los 40 o 50 años de edad; que el formulario lo diligencio el asesor y él lo suscribió.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda

		emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito*

exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado

ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece entre otros, la imposición de esta figura a la parte vencida en juicio y a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y su apelación no tuvo vocación de prosperidad, es claro para la Sala la viabilidad de la condena en costas. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

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

De ese modo, luce acertada la decisión del *a-quo* al haber declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, junto con las condenas impuestas en la sentencia objeto de disenso, entre ellas, lo referente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, lo cual guarda consonancia con lo indicado por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencias SL5047-2021 y SL1019-2022. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de marzo de 2024, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **34 2022 00058 01**
Demandante:	MARILUZ MOLINA MELO
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a abogado JUAN PABLO MELO ZAPATA, identificado con cédula de ciudadanía 1.030.551.950 y T.P. 268.106 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 25 de enero de 2025 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARILUZ MOLINA MELO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare

la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó en noviembre de 2000 a través de PROTECCIÓN S.A., por falta de información y bien consejo de parte del fondo privado.

Consecuencialmente, se condene a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, e intereses y rendimientos causados y los gastos de administración; igualmente, se ordene a COLPENSIONES la reciba como afiliada sin solución de continuidad en el régimen que administra, y se condene a las demandadas a costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 29 de enero de 1965 y realizó cotizaciones a pensión través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde mayo de 1985 hasta octubre de 2000 en donde acumuló 801.57 semanas; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. cuando los asesores de ese fondo le presentaron ese nuevo régimen ofreciendo beneficios superiores a los que obtendría en el régimen de prima media al momento de pensionarse, empero, no le indicaron los requisitos que debía reunir para pensionarse en ese nuevo régimen, las características del mismo, tampoco le realizaron una proyección de su mesada pensional, ni le informaron de manera comparativa que régimen pensional le era mejor de acuerdo a sus condiciones.

Refiere que el 9 de noviembre de 2021 radicó petición ante las encartadas solicitando la ineficacia de su traslado al RAIS y su retorno al RPMPD, pedimento que fue denegado por las administradoras de pensiones. Por último, señala que según proyección que realizó el fondo privado su mesada pensional en COLPENSIONES sería superior a la que obtendría en ese fondo, y que no recibe pensión por parte del mismo. (archivo 03).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones que se formulan. Señaló que no existe prueba que permita evidenciar que a la gestora se le hizo incurrir en error por parte de la administradora de pensiones, o que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento, menos aún, se observa manifestación alguna de inconformidad por parte de la gestora, por el contrario, se advierte que las documentales que obran en el plenario se encuentran sujetas a derecho y se llevaron a cabo de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presión alguna, igualmente la promotora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, en consecuencia se encuentra incursa en la prohibición legal de traslado de régimen contenida en la Ley 797 de 2003.

Como excepciones de mérito propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 2 a 38 archivo 09)

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

En su defensa 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, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la

AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (f. 3 a 24 archivo 10)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de enero de 2024, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por MARILUZ MOLINA MELO, del 1º de noviembre de 2000, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARILUZ MOLINA MELO como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y primas de seguros, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de administración o primas de seguro.*
>
> *TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A, con motivo de la afiliación de MARILUZ MOLINA MELO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDAD AFP PROTECCIÓN S.A., y a favor de la actora, liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho.*
>
> *SEXTO: Conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* señaló en síntesis que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 surgieron dos regímenes pensionales, esto es, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, los que coexisten y están administrados a través de entidades públicas y privadas, enfatizando que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, los fondos de pensiones deben garantizar una adecuada asesoría a sus afiliados o potenciales afiliados, pues de ello depende la correcta elección del régimen que más les convenga, por lo que desde su nacimiento los fondos de pensiones tiene a su cargo el deber de información el cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, o con los diferentes traslados horizontales que haya efectuado el afiliado.

De esa forma, señaló que en el plenario estaba acreditado el traslado de régimen pensional de la actora, sin embargo, de las demás pruebas obrantes el expediente entre ellos del interrogatorio de parte de la actora no se evidencia confesión alguna sobre el cumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones, en esa medida, declaró la ineficacia del traslado de régimen, ordenó su devolución a COLPENSIONES junto con las sumas que reposan en el fondo privado y declaró no probadas las excepciones propuestas por las encartadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto, señaló que de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la gestora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen, por cuanto no cumple los presupuestos de la sentencia SU62 de 2010 y SU130 de 2013.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Acorde con lo anterior, en este punto cabe precisar que el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de

2022, en la que expuso; *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019"*. Dicho esto, es diáfano que la Sala no ahondara en los argumentos expuestos por COLPENSIONES y PORVENIR en su apelación, respecto a las particularidades de las nulidades.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar*

información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PROTECCIÓN S.A., el 11 de septiembre de 2000, vinculación que se hizo efectiva el 1º de noviembre de 2000 según el reporte SIAFP que obra en el informativo. (f. 89 y 99 archivo 10).

Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora MARILUZ MOLINA MELO en la declaración de parte que depuso, señaló que estuvo afiliada a COLPENSIONES y que en septiembre de 2000 los asesores de PROTECCIÓN S.A. arribaron fueron a su lugar de trabajo, mencionando que el ISS sería liquidado por lo que era una mejor opción que se trasladara a esa administradora, ya que corría el riesgo de quedarse sin pensión, la cual alcanzaría a la edad de 57 años en ese nuevo régimen; añade que el asesor fue quien diligenció el formulario de afiliación con los datos que ella le suministró, el cual suscribió de forma voluntaria.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, le asiste la razón a la falladora de instancia, motivo por el cual se confirmará la decisión. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero de 2024 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **36 2022 00542 01**
Demandante:	ALBER ULRICO ASCHNER MONTOYA
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2024 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALBER ULRICO ASCHNER MONTOYA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de declararse que la AFP encartada omitió el deber de información, de buen consejo y debida asesoría, de informarlo y aconsejarlo sobre las características, ventajas y especialmente las desventajas que afrontaba al trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en especial, de informarle sobre el menor monto de la mesada pensional que recibiría al momento de pensionarse en el régimen privado,

respecto de la que recibiría de haber permanecido afiliado en el régimen público o de haber regresado oportunamente al mismo.

A razón de lo anterior, se declare que el contrato de afiliación celebrado con PORVENIR S.A. es ineficaz.

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. a tener como ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizara ante sus dependencias, efectuando el traslado del saldo de su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubieren causado, con destino a COLPENSIONES, así como que esta última acepte el traslado de dichos conceptos.

En últimas, se le condene a COLPENSIONES registrarlo como afiliado dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el pago de lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 16 de marzo de 1958, afiliándose al sistema general de pensiones por intermedio del extinto ISS.

Que un asesor comercial de la extinta AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. lo contactó ofreciéndole la afiliación a sus dependencias y, por consiguiente, el traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, informándole simplemente beneficios en el régimen privado, pero sin comentarle las desventajas que ello representaba, ni los beneficios de mantenerse afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Adujo que no se le brindó una información suficiente, clara y comprensible que le permitiera establecer los reales alcances de la decisión de traslado de régimen pensional, no se le asesoró sobre las consecuencias negativas e implicaciones que en su caso particular conllevaría el traslado de régimen, no

se le presentó un escenario comparativo sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, entre otros aspectos desinformativos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que el traslado efectuado por el demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de allí que hubiese tomado la decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dinero de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A. adujo que el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de sus dependencias, una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por haber pertenecido a éste, y así tomar la mejor decisión de acuerdo a sus intereses personales.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de febrero de 2024, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado efectuado por **ALBERTO ULRICO ASCHNER MONTOYA** del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad,*

realizado el 1º de abril de 1998 con efectividad a partir del 31 de marzo de 2000, a través de la AFP COLPATRIA S.A hoy PORVENIR S.A.

***SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, Así como entregar el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.*

***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.*

***CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.*

***QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a PORVENIR S.A Liquídense como agencias en derecho con la suma de un $1.000.000.*

***SEXTO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S."*

Para arribar a dicha conclusión, adujo la *a-quo* que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993 establece el deber de información. A su vez, expuso que de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado no era la nulidad del traslado sino la ineficacia de este acorde lo establecía la Ley 100 de 1993, entre otras decisiones que constituían doctrina probable.

Seguidamente, expuso que al tenor de lo consagrado en la sentencia SL1055-2022, fueron traídas a colación unas sub reglas bajo el parámetro de la debida información que deben suministrar las administradoras pensionales a sus

potenciales afiliados como son: (i) el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, (ii) la carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, (iii) no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición para que proceda la ineficacia por el incumplimiento en el deber de información, (iv) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, (v) el hecho tal de que un argumento del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no implica que no proceda la ineficacia, (vi) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades sino desde la ineficacia, (vii) aunque el afiliado se traslade entre AFP tal situación no desdibuja el cumplimiento del deber de información.

En ese orden ideas, concluyó que por pasiva, PORVENIR S.A. no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que resulta procedente la declaratoria de ineficacia a la luz de la normatividad vigente y lo asentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con la devolución de los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual, además de los rendimientos y bonos pensionales, los gastos de administración y comisiones, incluyendo los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

De otra parte, señaló que la acción de ineficacia del traslado de régimen era imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que debe tenerse en cuenta lo establecido en el literal b), artículo 113 de la Ley 100 de 1993, que determina cuáles son los dineros que deben trasladarse cuando sucede un cambio de régimen pensional, al igual que, según los preceptos de la Superintendencia Financiera, en los casos en los que haya lugar a la declaratoria y/o ineficacia del traslado las únicas sumas que deberán retornarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida son lo correspondiente a aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, pero sin que sea procedente alguna otra suma.

Que si bien los gastos de administración son un descuento que se realiza en virtud de disposición legal y que además resulta ser un monto que igualmente se le hubiese descontado en caso de haber permanecido afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que al encontrarse revestidos con esta característica, no están destinados a financiar la prestación del afiliado, máxime que, llegar a proceder el retorno de estas contingencias a favor de COLPENSIONES, se generaría un enriquecimiento sin justa causa.

De otra parte, en lo que respecta al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, solicita que este descuente no se realice de su patrimonio.

Frente a la condena por indexación, debe tenerse en cuenta que esta figura jurídica lo que busca es contrarrestar cualquier tipo de devaluación del dinero, por lo que una de las obligaciones que deben tener las AFP es garantizar esa rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual, lo que a su vez conlleva la incompatibilidad con cualquier suma ya que los dineros del actor generaron rendimientos muy superiores a la indexación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del

Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aprecia que el aquí demandante efectuó traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 26 de febrero de 1998 por intermedio de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., efectuando un traslado por fusión de COLPATRIA a PORVENIR S.A el 25 de febrero de 2000 (fl. 26 – PDF 07 ANEXOS y fls. 111 a 116 – PDF 14 CONTESTACIÓN PORVENIR, formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que

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

Por otra parte, el demandante señor ALBER ULRICO ASCHNER MONTOYA en el interrogatorio de parte a él practicado, no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, modalidades por vejez dentro del régimen privado, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los

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

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

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

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

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media

con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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

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

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

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

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

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De ese modo, habrá de aclararse la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO ÁVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **37 2022 00458 01**
Demandante:	JAIME ENRIQUE PASACHOA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLFONDOS S.A. a la abogada ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía 1.022.376.765 y T.P. 267.625 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 7 de febrero de 2024 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIME ENRIQUE PASACHOA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación y traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., por falta al deber de información, en consecuencia, se declaren ineficaces los subsiguientes traslados horizontales que llevó a cabo a COLMENA, ING y PORVENIR S.A.
Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los saldos que obran en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con las sumas que le puedan corresponder por concepto de intereses, bono pensional, sumas adicionales y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración, además se ordene a COLPENSIONES que reactive su afiliación en el régimen que administra, reciba los anteriores rubros, y actualice y corrija su historia laboral. Por último, solicita se condene a las accionadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones sostuvo que, nació el 12 de abril de 1965 y que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre enero de 1989 y octubre de 1994, alcanzando un total de 303.7 semanas, además, señala que se trasladó posteriormente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A., en noviembre de 1994.

Agregó que dicho traslado de régimen se realizó sin que se le suministrara información sobre las ventajas, desventajas, características y los requisitos para acceder a la pensión de vejez en ambos regímenes pensionales, y las consecuencias que conllevaría su decisión de traslado, tampoco se le realizó una proyección de su mesada en los dos regímenes; al contrario, se ciñó a decir que el ISS seria liquidado y nadie respondería por sus cotizaciones.

De otro lado, narró que en julio de 1996 se afilió a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., más adelante en marzo 2000 se afilió a ING hoy PROTECCIÓN S.A., y luego

en julio de 2008 se vinculó con PORVENIR S.A., acumulando así en toda su vida laboral un total de 1626 semanas cotizadas en el Sistema de General de Pensiones. Por último, sostuvo que el 13 de octubre de 2022 radicó ante COLPENSIONES reclamación administrativa, la cual a la presentación de la demanda no ha sido resuelta. (f. 6 a 14 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, arguyendo que brindo al actor una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, le indicó las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el régimen de ahorro individual. A su vez, sostuvo que no se dan los presupuestos establecidos en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 para declarar la ineficacia del traslado, ya que no se aportan elementos de prueba que conlleven a esa decisión y ratificó su voluntad de permanencia en el mismo.

Como excepciones de mérito propuso las inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, e inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisiones y seguros previsionales. (f. 3 a 22 archivo 09)

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su la demanda, sosteniendo que no se allega al plenario prueba alguna, que permita invalidar el acto jurídico de afiliación, que libre y espontáneamente realizó el actor a dicho fondo privado, aunado a ello la información que extraña no haber recibido, se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, normas que, por ser de alcance nacional, impone su conocimiento y obligatorio cumplimiento.

Formuló los medios exceptivos de mérito lo que denominó como aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, la innominada o genérica, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f. 3 a 25 archivos 10)

PORVENIR S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones del libelo introductorio. Sobre el asunto señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado descrita en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 2 a 27 archivo 11)

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

En su defensa 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, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente

sobre actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. (f. 3 a 28 archivo 12)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de febrero de 2024, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor JAIME ENRIQUE PASACHOA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS que tuvo como fecha de suscripción el 27 de octubre de 1994. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en los periodos de vinculación con la entidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasferir con destino a COLPENSIONES, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados en los periodos de vinculación con dichas entidades, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.*
>
> *QUINTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A., se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV, sin costas respecto a las demás entidades demandadas.*
>
> *SEXTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de primer grado indicó en síntesis que de acuerdo con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, existen parámetros para resolver el caso en concreto, siendo el primero de ellos, el atinente al cumplimiento del deber de información desde su primera etapa de nacimiento, el segundo alude a que el formulario de afiliación no demuestra el cumplimiento del deber de información, por lo que se debe acreditar a la luz de otros medios probatorios, el tercero refiere a que está en cabeza de los fondos de pensiones tal deber, pues existe desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, y el cuarto parámetro alude a que los anteriores se aplican sin restricción alguna, es decir, sin que se deba tener en cuenta que sean beneficiarios del régimen de transición o hayan cumplidos los requisitos para acceder al derecho pensional.

De esa forma, señaló que al verificar el plenario se evidenció que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del I.S.S., y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 25 de octubre de 1994, a través de COLFONDOS S.A. Añadió que si bien no se allegó el formulario de afiliación del traslado inicial, si se aportaron los de los demás traslados horizontales, de los que se puede extraer que la vinculación se dio de manera voluntaria, no se puede entender que fue debidamente informada para tomar tal decisión, lo que tampoco se extrae de la declaración vertida por el promotor, omisión que no se subsana con la suscripción de los formularios de afiliación a COLMENA y a PORVENIR.

En ese orden de ideas, al no encontrar probado el deber de información, declaró la ineficacia del traslado que realizó el promotor al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., y ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta individual del demandante, junto con los bonos, rendimientos, gastos de administración y comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Señaló que no procedía la indexación de tales emolumentos, en tanto, los rendimientos financieros compensan la depreciación de tales emolumentos y se ajusta a principio de la sostenibilidad financiera, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas al fondo privado primigenio.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, solicita que revoque en su integridad la sentencia de primer grado y en consecuencia se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en tanto, el afiliado ejerció su derecho de elección de régimen conforme al artículo 13, literalmente b) de la Ley 100 de 1993, esto es de forma libre, voluntaria y acorde con las disposiciones legales vigentes para el momento.

Enfatizó que suministró al demandante la información necesaria para tomar la decisión y tuvo asesoramiento de otros fondos de pensiones, por lo que no puede excusarse en el desconocimiento de la normatividad para deshacerse de sus obligaciones y pedir que se anule una obligación por error, a sabiendas que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Además, en el presente caso lo que se evidenció fue negligencia por parte del demandante en el entendido en el que solo se preocupó su futuro pensional cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición legal para trasladarse. En cuanto a las restituciones mutuas, señala que al volver las cosas a su estado anterior en el sentido taxativo, lo coherente sería la entrega del capital con una mera actualización y sin rendimientos, pues estos fueron obtenidos a razón de su administración, aunado a que los rendimientos en el RPMPD ingresan al fondo común y son inferiores a los obtenidos en el RAIS, de modo que son regímenes excluyentes y no debería darse aplicación al principio de inescindibilidad de la norma, por ende, la nulidad o la ineficacia de la afiliación conllevaría exclusivamente la devolución del capital con su actualización y un cambio de postura al respecto no afectaría la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

Aduce que la devolución de dichos emolumentos conlleva enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y en detrimento de esa AFP, lo que suyo afecta la sostenibilidad financiera del sistema y el principio previsto en el artículo 48 de la Constitución Política; además, al encontrarse el demandante actualmente vinculado a PORVENIR S.A. los dineros de su cuenta ahorro individual reposan en ese fondo. Frente a la condena en costas trae a colación

el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, aludiendo que estaba en el deber legal de recibir al demandante como afiliado y obró con la absoluta convicción de que estaba debidamente vinculado.

COLPENSIONES en su apelación solicita que los valores devueltos por las AFP sean debidamente indexados, como que los valores a devolver por el transcurso del tiempo han sufrido una pérdida de valor adquisitivo, por tanto, no es viable que deba asumir tales pérdidas y pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, conforme se ha dicho en sentencias SL655 de 2022 y SL1055 de 2022, en donde se ordenó a la AFP devolver los conceptos indexados.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 27 de octubre de 1994, empero, si se aportan los formularios de vinculación a COLMENA el 21 de marzo de 1997 y a PORVENIR S.A. el 12 de mayo de 2008; sin embargo, se observa que tales vinculaciones se hicieron efectivas el 1º de noviembre de 1994, 1º de mayo de 1997 y el 1º de julio de 2008, respectivamente, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 66 y 70 archivo 11 y f. 47 archivo 12).

Ahora, frente a los formularios de afiliación huelga recordar que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-*

impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, el demandante JAIME ENRIQUE PASACHOA en el interrogatorio de parte a él practicado, aseveró que fue visitado por un asesor del fondo privado COLFONDOS S.A., quien le señaló que el ISS atravesaba una crisis económica, accediendo a firmar el formulario de forma libre y voluntaria, acotando que no conocía los requisitos para acceder a la pensión en el ISS, y afiliación obedeció a que le ofrecieron mejores beneficios.

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la

Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de

aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Finalmente, frente a la indexación de los conceptos a devolver producto de la declaratoria de ineficacia que reclama COLPENSIONES en su apelación, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia lo siguiente:

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

"Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por ***gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De ese modo, y contrario a lo aducido por el fallador de instancia, se revocará la decisión de primer grado frente a la absolución por indexación y en ese sentido, vez se adicionarán los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a los fondos privados demandados a devolver a COLPENSIONES de forma indexada los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales. En lo demás habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 7 de febrero de 2024 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales debidamente indexados al momento del pago a razón del tiempo en que el actor estuvo afiliado en cada uno de esos fondos, por las razones que se indican en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **38 2023 00177 01**
Demandante:	ERNESTO AUGUSTO MOSCOSO MARTINEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MAYRA ALEJAJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.093.783.369 y T.P. 321.634 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 13 de marzo de 2024 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ERNESTO AUGUSTO MOSCOSO MARTINEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en mayo de 1997 a través de PORVENIR S.A., a su vez, se declare que está libertad de afiliarse de nuevo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a liberarlo de sus bases de datos y a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que reposen en su cuenta individual de ahorro, 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. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES lo reciba en el régimen que administra y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 11 de mayo de 1964 y se afilió en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por ISS hoy COLPENSIONES el 15 de julio de 1980 en donde permaneció hasta mayo de 1997, fecha en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PORVENIR S.A., administradora de pensiones en la cual realiza aportes en la actualidad.

Destaca que el asesor del fondo privado le ofreció pensionarse de manera anticipada con una mesada superior a la que le ofrecía el ISS, sin efectuar proyección alguna, sin embargo, le dijo que esa entidad seria liquidada, por lo que sus aportes estaban en riesgo. Además, señala que el asesor no le informó sobre los requisitos para acceder a la pensión de vejez en ese régimen y sus diferentes modalidades, tampoco le informó sobre el plazo límite para retornar al régimen

de prima media. Empero, le dijo que al cumplir la edad si no quería pensionarse, podía solicitar la devolución del capital que tuviese acumulado en su cuenta sin restricciones, motivos por los cuales suscribió el formulario de afiliación a ese fondo, sin recibir la información suficiente para tomar tal decisión.

Destaca que el 6 de febrero de 2023 solicito información a PORVENIR S.A. sobre su afiliación a esa administradora y una simulación pensional en ambos regímenes pensionales, pedimento este último que fue negado por esa encartada. Igualmente, aduce que solicitó a COLPENSIONES el 24 de marzo de 2023 su traslado de régimen sin recibir respuesta. Finalmente, refiere que su mesada en el RPMPD sería superior a la que obtendría en el RAIS. (f. 1 a 26 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación con esa AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos en sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, que analizaron el artículo 2º de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que regula la posibilidad de traslado de régimen pensional.

En su defensa propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, 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 10)

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que el traslado de régimen que realizo el actor el 11 de marzo de 1997 se dio una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por haber pertenecido a este, para así tomar la mejor

decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación que suscribió.

Propuso como excepciones de mérito las de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, prescripción y compensación. (f. 1 a 34 archivo 11)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de marzo de 2024, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor ERNESTO AUGUSTO MOSCOSO MARTÍNEZ con destino a la A.F.P. PORVENIR S.A., con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 11 de marzo de 1997, en un escenario de traslado régimen pensional. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la A.F.P. PORVENIR S.A., que conjunta y coordinadamente con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación del accionante en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, y a trasladar con destino a esta última entidad, la totalidad de recursos percibidos de manera integral por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, recursos que deberán transferirse debidamente indexados, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> *Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar estos procedimientos, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y solo en caso de ser insuficientes, se pagaran los eventuales saldos insolutos con recursos propios de la A.F.P. PORVENIR S.A., sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> *Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro individual, luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional.*

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la A.F.P. PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1´500.000, en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

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

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que estaba acreditado que el gestor se había traslado de régimen pensional hacia PORVENIR y que además se trasladó de manera horizontal al fondo de pensiones COLPATRIA; a su vez, mencionó que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP suministrar a sus potenciales afiliados una información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, carga probatoria que en el *sub-examine* no se logró demostrar por parte de la AFP PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que el demandante dentro del interrogatorio de parte no confesó que se le hubiese brindado una información completa respecto de las características de ambos regímenes al tenor de lo preceptuado por la Alta Corporación.

Por tal razón, declaró la ineficacia del traslado y ordenó al fondo demandado que en conjunto con COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reembolsar al régimen de prima media con prestación definida los recursos percibidos por las referidas administradoras durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, recursos que por demás deberán ser devueltos debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas, entre ellas la de prescripción y condenó en costas a PORVENIR.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Solicita en su alzada se revoque el fallo de primera instancia, en lo que respecto a la orden de remitir a COLPENSIONES los conceptos que obran en la cuenta individual del demandante de forma indexada y con cargo a sus propios recursos, en lo que tiene que ver con gastos de administración y seguros previsionales y cualquier otro emolumento distinto a aportes y rendimientos.

Lo anterior, como quiera que tales sumas son de tracto sucesivo y con ellas no se financia la pensión del actor, además, tales descuentos están consagrados en la Ley 100 de 1993 y que hacen parte de la buena gestión que realizó a los aportes del afiliado, lo que se refleja en los rendimientos financieros que se ordena devolver, además tal orden genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. A su vez, expone frente a la condena por indexación que las sumas a devolver ya se encuentran actualizadas con los rendimientos, rubros que superan cualquier devaluación sufrida por los aportes del promotor, así lo han sostenido otros Tribunales, aunado a que los gastos de administración son objeto de prescripción.

COLPENSIONES en su alzada, solicita se revoque la sentencia de primer grado, sosteniendo que el artículo 83 de la constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de buena fe, por lo que la afirmación del gestor de que los fondos privados lo hicieron incurrir en error y no le brindaron la información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear el traslado de régimen, impone que deba desvirtuar la buena fe de los fondos privados.

En esa medida, indica que solo a partir del año 2016 surgió el deber de información, sin que anteriormente se exigiera nada diferente al documento de afiliación, por lo que no es dable exigir cargas adicionales a las previstas en la ley. Además, la vinculación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas, tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, las cuales también están en cabeza del afiliado. Además, expuso que el eventual traslado del régimen pensional de la demandante afecta el sistema financiero del régimen de

prima media, dado que ello genera una carga para los demás afiliados, por lo que solicita se revoque el fallo de instancia. Por último, solicita que en caso de confirmase la sentencia se instancia se condiciones el cumplimiento de su parte a las gestiones que debe adelantar el fondo privado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la

obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 11 de marzo de 1997, asimismo, yace afiliación efectuada COLPATRIA el 28 de mayo de 1998, vinculaciones que según el reporte SIAFP se hicieron efectivas el 1º de mayo de 1997 y el 1º de julio de 1998. (f. 77 y 80 a 81 archivo 11).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la

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

Igualmente, el demandante ERNESTO AUGUSTO MOSCOSO MARTÍNEZ en el interrogatorio de parte a él practicado, refirió que estando al servicio del Hospital San Rafael fue visitado por un asesor de PORVENIR quien le dijo que el ISS seria liquidado, por lo que tenía la oportunidad de que sus aportes no se perdieran si se trasladaba a ese fondo, además le dijo que su mesada en ese fondo sería superior y heredable, que se podía pensionar de forma anticipada, además podía retirar los aportes sin restricciones. Sostuvo que su traslado a COLPATRIA se dio en similares condiciones, agregando que ese fondo le ofreció una mesada superior a la que obtendría en el otro fondo aduciendo que era mejores administradores.

Señaló que hace dos o tres años se acercó a PORVENIR en donde le dijeron que su pensión seria de dos salarios mínimos, lo cual no corresponde a lo que le dijeron en inicio y que el mismo asesor le refirió que no le convenía haberse trasladado de régimen pensional, que no sabe los requisitos para pensionarse en el fondo privado y su motivación para trasladarse surge a raíz del engaño del que fue objeto, sobre el formulario de afiliación indica que solo verificó que sus datos estuviesen correctos, y que no se trasladó antes a COLPENSIONES por cuanto creyó en lo que le informaron los asesores.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierte una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo adoctrinado por la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o

		recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, resultando así imprósperos los argumentos de los fondos privados sobre el particular, entre ellos el de imponer la carga de su devolución a la aseguradora llamada en garantía.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación al demandante.

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

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

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

> *"Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los* ***gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con***

> ***cargo a sus propios recursos****. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por* ***gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en lo que ataño a la prosperidad de la ineficacia del traslado que realizó la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, la sentencia de primera instancia habrá de modificarse parcialmente, en la medida que, si bien el fallador de instancia determinó la ineficacia del traslado y la consecuente devolución con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de ciertos rubros de manera indexada, lo cierto es que no detalló en la parte resolutiva cuáles eran los rubros objeto de devolución y los que eran objeto de indexación.

En tal sentido, se condenará a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como cotizaciones, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hubiere, así como la devolución de los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo retornar de forma indexada y con cargo a sus propios recursos lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexación que resulta procedente sobre tales conceptos como lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por último, debe indicarse que no es posible condicionar el cumplimiento de la sentencia, en tanto se sobreentiende a razón de un orden lógico, que el fondo privado debe cumplir con lo de su cargo, y a continuación COLPENSIONES llevará a cabo las acciones que le corresponden conforme lo ordenado en la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de

marzo de 2024, en el sentido de precisar que se condena a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como cotizaciones, junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo retornar de forma indexada y con cargo a sus propios recursos lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por todo el tiempo en que estuvo afiliado a ese fondo, a COLPATRIA y HORIZONTE, por las razones antes expuestas.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **43 2023 00468 01**
Demandante:	CARLOS ALBERTO ARISTIZABAL ARISTIZABAL
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado LUIS EDUARDO CALDERÓN PASTRANA, identificado con cédula de ciudadanía 1.004.155.816 y T.P. 406.112 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 1º de marzo de 2024 por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS ALBERTO ARISTIZABAL ARISTIZABAL promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación realizada con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida AFP PORVENIR S.A. el 16 de julio de 2008.

Por consiguiente, se disponga su regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que se le ordene a PORVENIR S.A., que a partir de la ejecutoria de la sentencia, proceda al traslado inmediato de los dineros y sus rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual con destino al régimen público.

En últimas, que se condene a las demandadas lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 5 de septiembre de 1970, exponiendo a su vez que al momento del traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de PORVENIR S.A., dicha AFP omitió suministrar información veraz y suficiente en el sentido de manifestar de manera clara y expresa, la pérdida de los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Expuso que la AFP faltó al deber legal de suministrar información oportuna y veraz al momento de efectuar el traslado, pues lo que se le comunicó fue sesgado acerca de las bondades del ingreso al régimen privado, pero omite, con evidente mala fe, comunicarle sobre las gravísimas consecuencias para sus intereses prestacionales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES expuso que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria, demostrándose que la AFP PORVENIR S.A. lo asesoró en su decisión de trasladarse, de modo que su afiliación es completamente válida.

Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, 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.

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que el demandante al momento de su afiliación ante sus dependencias, recibió información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta, por lo que, ante el deber de información y actuando dentro de la buena fe objetiva, le presentó a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual existe paralelamente con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ambos ampliamente difundidos desde su entrada en vigencia y a los cuales se le atribuye la carga a sus afiliados todas las características y condiciones propias de su sistema de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los denominados buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de marzo de 2024, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del señor CARLOS ALBERTO ARISTIZABAL ARISTIZABAL del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CARLOS ALBERTO ARISTIZABAL ARISTIZABAL como cotizaciones, bonos pensionales, sumas*

adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos. Asimismo, debe devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliado al señor CARLOS ALBERTO ARISTIZABAL ARISTIZABAL al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFPS PORVENIR S.A.*

***QUINTO: COSTAS** cargo de la AFP demandada PORVENIR S.A, y en favor del demandante, tásense las agencias en derecho en la suma de $1.300.000. No condenar en costas a COLPENSIONES.*

***SEXTO:** Remítase el presente proceso al H Tribunal Superior de Bogotá Sala Labora, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora judicial de instancia comenzó por explicar que los artículos 12, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 dan cuenta de la existencia de dos regímenes pensionales, que su elección debe ser libre, voluntaria y por escrito y que la vulneración a tal derecho conlleva a la ineficacia de dicha afiliación. Además, destacó que para que esa elección sea voluntaria y libre debe estar precedida de una debida información por parte del fondo privado, tal como lo ha enseñado la amplia jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, obligación que impera para todos los afiliados y no solo los que sean beneficiarios del régimen de transición.

Seguidamente, señaló que los fondos privados deben informar las características, ventajas, desventajas y las consecuencias que le implicaría al potencial afiliado el traslado de régimen, lo cual no se suple con la simple suscripción del formulario de afiliación, carga de la prueba que está a cargo del fondo privado. Así las cosas, al verificar diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos el interrogatorio de parte rendido por el actor, concluyó que no se había acreditado el deber de información por parte de PORVENIR S.A.; por ende, declaró la ineficacia del

traslado, y ordenó la devolución de todos los emolumentos que obren en la cuenta individual de ahorro de la gestora a COLPENSIONES, declaró no probada la excepciones de propuestas, entre otras, la de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada no ser procedente la declaratoria de ineficacia del régimen pensional, ya que si bien existe un precedente jurisprudencial dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también la misma Corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea frente a todos los procesos donde se solicita la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información, por cuanto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, sin que se configure lo dispuesto en primer grado dentro del *sub lite*, como quiera que en todo momento ha existido una buena fe objetiva en la medida que todas las acciones se ejecutaron dentro de los presupuestos legales al momento en que se produjo la afiliación, máxime si la parte demandante en cualquier momento pudo validar el contenido de la información.

De otro lado, refirió que debe proceder la revocatoria de la sentencia primigenia, en el sentido de retornar a COLPENSIONES lo contenido en la cuenta de ahorro individual del demandante, en virtud a que los efectos de la declaratoria de la ineficacia del traslado implica devolver las cosas a su estado anterior, de allí que la condena resulte improcedente ya que dentro de dichos rubros se encuentran los gastos de administración y el seguro previsional, los cuales gozan de una destinación específica por mandato legal y que fue cumplida plenamente como AFP, de tal suerte que los mismos ya se invirtieron en la forma exigida por la ley, sin que se encuentren dentro de su patrimonio en la actualidad.

Que también debe revocarse la sentencia en lo atinente a retornar a COLPENSIONES el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, así como lo concerniente a la indexación de los valores objeto de condena, en la medida que igualmente se

dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontraba en la cuenta de ahorro individual del demandante, de allí que con esos emolumentos se compense la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Por último, encontró inconformidad sobre la condena de en agencias en derecho, pues desestimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que se le condenó, en igual sentido debe desecharse el pago de costas procesales.

COLPENSIONES adujo en su alzada que de conformidad con lo estatuido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el demandante se encuentra dentro de la prohibición del precepto normativo en comento.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través la AFP PORVENIR S.A. el 14 de julio de 2008 (Fl. 28 – PDF 07 CONTESTACIÓN PORVENIR), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante señor CARLOS ALBERTO AISTIZABAL en el interrogatorio de parte a él practicado, no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2008, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el*

recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

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

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

"Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por ***gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

"Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales,

incluidos ***<u>los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos</u>****, <u>por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados</u>"* (Subrayado por la Sala)

De ese modo, luce acertada la decisión del *a-quo* al haber declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, junto con las condenas impuestas en la sentencia objeto de disenso, entre ellas, lo referente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, lo cual guarda consonancia con lo indicado por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencias SL5047-2021 y SL1019-2022. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado